

THÈSE DE
PARIS.
1889
N^o. 45.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

GARANTIES ACCORDÉES A LA FEMME

POUR LA RESTITUTION DE SA DOT

DROIT CIVIL

DES

DROITS DES FEMMES

EN MATIÈRE DE FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Edmond ESTRABAUT

Juge suppléant au Tribunal civil de Montauban.



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

889

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

GARANTIES ACCORDÉES A LA FEMME

POUR LA RESTITUTION DE SA DOT

DROIT CIVIL

DES

DROITS DES FEMMES

EN MATIÈRE DE FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

SERA SOUTENU LE MERCREDI 3 JUILLET A 3 HEURES

PAR

Edmond ESTRABAUT

Juge suppléant au Tribunal civil de Montauban.

PRÉSIDENT : M. LYON-CAEN

Suffragants	{	MM. BOISTEL, MICHEL (Henry), ESMEIN,	}	Professeurs.
-------------	---	--	---	--------------

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES FRÈRES

2

DROIT ROMAIN

DES

GARANTIES ACCORDÉES A LA FEMME

POUR LA RESTITUTION DE SA DOT

INTRODUCTION

Dans les anciennes civilisations, le rôle social de la femme est absolument effacé : à Rome, notamment, l'organisation exclusivement politique de la famille, soumise à l'autorité unique et absolue de son chef, devait amener une législation spéciale.

La *familia*, avec les enfants, les esclaves, les biens, composait un ensemble au-dessus duquel planait le pouvoir supérieur du *paterfamilias*. A son gré, ce dernier pouvait disposer des divers éléments

composant la *familia*, et sous son autorité tout le monde devait fléchir.

Est-il possible de concevoir, avec une pareille organisation de la famille, que la femme pût être indépendante? Évidemment non. De même que ses enfants, elle est soumise à la puissance du chef, et à côté de la *patria potestas*, nous allons trouver la *manus*.

Il est à peu près certain que dans les premiers temps, à Rome, la *manus* devait accompagner le mariage.

Par le fait de la *conventio in manum*, la femme cesse d'appartenir à sa famille naturelle pour entrer dans celle de son mari, et désormais sa personne comme ses biens passeront en la puissance de ce dernier. Unie à ses enfants par les liens de la parenté civile, l'agnation, elle sera pour eux comme une sœur, comme une fille à l'égard de son mari, et impuissante, d'après la loi civile, à communiquer un lien de parenté quelconque avec ses proches. On pourra dire d'elle qu'elle est à la fois le commencement et la fin d'une famille : *Mulier autem familiarum suarum et caput et finis est.* (Loi 195, § 5, Dig. XVI.)

De même, les biens qu'elle possédait au moment du mariage et ceux qui devaient lui advenir dans la suite étaient irrévocablement acquis en toute propriété au mari, de sorte qu'à l'égard de ce dernier cette *conventio mulieris in manum mariti* était un

moyen d'acquérir *per universitatem*, produisant des effets analogues à ceux de l'adrogation. (*Gaius*, *III*, § 84.)

Mais, sous l'influence des mœurs, au mariage *cum manu* se substitua le mariage *sine manu*, qui avait des caractères bien différents, et dont les effets étaient loin d'être aussi rigoureux. Le patrimoine du mari et celui de la femme étaient distincts, le lien d'agnation qui unissait cette dernière à sa famille n'était plus dissous et toutes les conséquences découlant de la famille civile, celle, notamment, quise rattachait au droit successoral, ne se produisaient plus. Étrangère civilement à ses enfants et à son mari, elle ne leur succédait pas plus qu'ils ne lui succédaient.

Bien qu'offrant des avantages pour la femme, le mariage libre n'était pas cependant sans présenter des inconvénients pratiques. Venait-elle à prédécéder, par exemple : ses enfants, n'étant plus ses héritiers siens, ne pouvaient venir à sa succession *ab intestat* ; d'autre part, privée du droit de tester, elle ne pouvait recourir au testament. Elle ne pouvait pas davantage les gratifier de libéralités entre vifs, puisque tous les biens des enfants en puissance appartenaient au *paterfamilias*. Enfin, le mari supportait seul les charges du ménage, alors que la femme s'en trouvait exonérée.

Tels furent les motifs principaux qui provoquè-

rent la création du régime dotal, et ce fut dans l'intérêt du ménage, dans l'intérêt même des enfants à naître que s'établit la constitution de dot. On comprend que, par sa destination même, cette dot dût être transférée en toute propriété au mari, et cette aliénation devait être perpétuelle comme la destination de la dot elle-même : la femme, en conséquence, ne pouvait désormais ni la revendiquer ni exercer contre son mari un droit de créance quelconque : *Dotis causa perpetua est : cum voto ejus, qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.*

Durant les cinq premiers siècles de Rome, la question des garanties ne se posa même pas, et le fait, par la femme, de ne point avoir d'actions en restitution ne présenta point d'inconvénient ; elle avait peu d'intérêt à cette restitution, trouvant dans la loi ou l'usage une compensation suffisante. En effet, le mariage était-il dissous par le prédécès du mari et la femme s'était-elle mariée sous le régime de la *manus* ? elle héritait de son mari au même titre que ses enfants. Était-elle, au contraire, mariée sans *manus* ? l'usage s'était établi de suppléer au défaut des droits héréditaires de la femme à l'aide d'un *legatum dotis*. C'était donc uniquement dans le cas de divorce que sa situation pouvait se trouver compromise : or, le divorce était pour ainsi dire inconnu.

Vers le sixième siècle, cependant, sous l'influence des lointaines expéditions qui retenaient, durant de

longues années, les citoyens loin du foyer domestique, sous l'influence aussi du luxe et de la corruption qu'entraînèrent, après elles, les conquêtes de l'Afrique et la prise de Carthage, le nombre des divorces se développa et loin d'être l'exception devint la règle. Le désir de joindre à la dot conservée de la femme divorcée une dot nouvelle était, le plus souvent, la cause de la rupture des mariages.

Aussi, pour obvier à cet état de choses, l'usage s'introduisit-il de stipuler la restitution de la dot : les *cautiones rei uxoriæ* devinrent fréquentes. Mais la pratique démontra leur insuffisance, leur caractère de droit strict ne permettant guère de tenir compte des charges qui pouvaient incomber au mari lors de la dissolution ni des motifs qui pourraient donner lieu au divorce. C'est pourquoi nous lisons dans Cicéron (*Top. XVII*, 66) qu'une formule de restitution beaucoup plus extensive avait été admise. Elle était conçue en ces termes : *Si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius æquius esset apud virum maneret, reliquum dotis restituere-tur.*

On alla plus loin encore : le désir de faciliter aux femmes divorcées un nouvel établissement et de les soustraire ainsi à la vie de désordre dans laquelle les plongeait l'absence de toute fortune, fit admettre que désormais, à défaut de stipulation formelle, la dot devrait leur être restituée si le divorce venait à

se produire. A cet effet, on créa, à leur profit, l'action *rei uxoriæ*, qui emprunta à la précédente son caractère essentiel : comme elle, c'était une action *æquius melius*, dans laquelle l'équité était toujours prise en considération.

Le même motif d'ordre public, qui avait fait édicter la restitution de la dot en cas de divorce, subsistait après la dissolution du mariage par prédécès du mari. L'intérêt social commandait également d'assurer à la femme des ressources pécuniaires qui lui rendraient plus facile une seconde union ; aussi la pratique ancienne du *legatum dotis* n'existant plus qu'à l'état de souvenir, l'obligation de restituer la dot fut-elle étendue à notre hypothèse.

Enfin, en vue de stimuler les pères de famille à doter leurs filles, on apporta une nouvelle dérogation aux principes anciens. La loi permit au père de famille, qui avait constitué une dot à sa fille, d'en poursuivre la restitution au cas où elle viendrait à prédécéder : « *Jure succursum est patri, ut filii amissâ solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta : ne et filix amissæ et pecuniæ damnum sentiret.* » (L. 6 pr., Dig. XXIII, 3.)

Nous n'avons pas le dessein d'analyser, dans notre travail, les caractères des actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* dont nous venons d'indiquer l'origine. Leur portée d'application et leurs effets ne feront pas davantage l'objet de notre examen : ces diverses

questions ont été trop magistralement traitées par d'éminents romanistes. (*Voir notamment : Gide, De la condition privée de la femme.*)

Notre étude, divisée en deux parties, portera seulement sur les garanties accordées à la femme. La première partie sera consacrée à la période classique, la seconde au droit de Justinien.

Nous subdiviserons notre travail de la manière suivante :

La première partie comprendra quatre chapitres, dans lesquels nous examinerons successivement :

- 1° Le *Privilegium inter personales actiones* ;
- 2° L'inaliénabilité de la dot ;
- 3° La défense d'hypothéquer le fonds dotal ;
- 4° La propriété de la dot.

Dans la seconde, divisée également en quatre chapitres, nous étudierons en détailles diverses réformes de Justinien :

- 1° Constitution de l'année 529. L. 30, C. V, 12 ;
- 2° Constitution de l'année 530. L. unique, C. V, 13 ;
- 3° Constitution de l'année 531. L. 12, C. VIII, 18 ;
- 4° Novelle 61.

PREMIÈRE PARTIE

DES GARANTIES ACCORDÉES A LA FEMME PENDANT LA PÉRIODE CLASSIQUE

Par la création des actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*, une première atteinte fut portée à la puissance maritale par la concession faite à la femme d'une garantie pour la restitution de sa dot. Mais cette garantie devait être bien souvent illusoire, si l'on songe que le mari n'en avait pas moins conservé la propriété absolue des biens dotaux; il pouvait, en effet, les aliéner ou les hypothéquer à son gré, et si, à la dissolution du mariage, ces biens n'existaient plus, la créance de la femme, au cas où le mari était insolvable, restait sans valeur. Devant cette protection insuffisante, il fallait donner des garanties plus efficaces : c'est ce qu'on essaya de faire : 1° en accordant à la femme un *privilegium inter personales actiones*; 2° en défendant au mari de disposer de la dot sans le consentement de la femme. Ce sont ces nouvelles garanties que nous allons étudier.

CHAPITRE PREMIER

DU PRIVILEGIUM INTER PERSONALES ACTIONES

Le recouvrement de la dot auquel tendait l'exercice des actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu* demeurait encore incertain, la femme devant concourir avec les autres créanciers chirographaires de son mari. Par la création du *privilegium*, une atténuation sensible fut apportée à cet état de choses, car la femme désormais pourra primer les créanciers chirographaires.

L'époque à laquelle ce *privilegium* est apparu n'est point précise, les textes du Digeste qui en parlent étant en effet très rares et ne le faisant que d'une façon indirecte. (*L. 74, Dig. XXIII, 3.*) Il est permis, cependant, de supposer que sa création remonte au siècle d'Auguste. Ce n'était point, d'ailleurs, un privilège dans le sens où nous entendons cette sûreté aujourd'hui, puisqu'il ne conférait au titulaire aucun droit réel et donnait seulement un droit de préférence à l'encontre des créanciers chi-

rographaires. La femme ne venait point toujours en première ligne et, sans vouloir classer les privilèges en Droit romain, on peut dire que la créance de la femme ne venait qu'après les créances privilégiées de frais funéraires, d'inventaire et du fisc.

Il était essentiellement personnel à la femme et ne profitait point à ses ayants cause dans le cas où ces derniers avaient l'exercice de l'action *rei uxoriæ*. Il était refusé au *paterfamilias* lui-même, lorsqu'il agissait *adjuncta filix persona*, la femme n'intervenant que pour engager l'affaire et non pour en profiter.

Enfin, ce privilège n'était accordé à la femme que pour le paiement de ses créances dotales et affectait la généralité des biens du mari.

Pouvait-elle y renoncer ? A notre avis, il faut faire une distinction. S'agit-il d'une renonciation intervenue *constante matrimonio*, nous n'hésitons pas à la déclarer nulle. Aucun texte, il est vrai, ne prononce cette nullité, mais les motifs de protection qui ont donné lieu à la création de notre bénéfice seraient méconnus, si l'on admettait une opinion contraire. La loi n'a pas pu abandonner à la disposition de la femme, soumise à l'influence du mari, une garantie protectrice de ses droits ; l'ordre public et les bonnes mœurs étant intéressés à l'exécution rigoureuse de dispositions destinées à favoriser les secondes noces, il eût été illogique d'autoriser la femme à y renoncer : *privata conventio jure publico nihil derogat*.

La renonciation, au contraire, se produit-elle après la dissolution du mariage, les mêmes inconvénients n'existent plus ; on se trouve en présence d'intérêts privés que la femme, désormais libre, doit avoir toute liberté de discuter.

Bien que le *privilegium* dont nous venons d'analyser les principaux caractères plaçât la femme dans une situation préférable et constituât pour elle une sérieuse garantie, il serait cependant téméraire de croire qu'elle fût assurée de recouvrer ses valeurs dotales. Un grave danger subsistait pour elle : le mari, conservant la qualité de propriétaire de la dot, avait la faculté de l'aliéner et de l'hypothéquer, de telle sorte que la situation de la femme pouvait être certainement compromise lorsque le mari avait usé de cette faculté et ne laissait dans son patrimoine aucun bien. Dans le cas même où il laissait un actif quelconque, mobilier ou immobilier, la femme avait à craindre de se voir primée par les créanciers qui s'étaient ménagé des garanties réelles, ou même par ceux que la loi, pour des motifs particuliers, avait investis d'un *privilegium* préférable au sien.

C'est à ces inconvénients que la législation postérieure prit soin de pourvoir, en prohibant l'aliénation et l'hypothèque du fonds dotal. Ce sont ces nouvelles garanties que nous allons maintenant examiner.

CHAPITRE II

DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL

L'inaliénabilité du fonds dotal résulte de la loi *Julia de adulteriis*, rendue sous Auguste en l'an 737 de Rome. Nous pensons, en effet, que la loi *Julia de fundo dotali* n'est point une loi spéciale, mais plutôt un chapitre de la précédente, et que les commentateurs qui ont attribué à la loi *Julia de maritalibus ordinibus*, rendue en l'an 756 ou 757, des dispositions relatives à l'inaliénabilité, ont commis une erreur, leur opinion ne pouvant en effet prévaloir en présence des dispositions formelles du texte de Paul. (*Sent.*, liv. II, tit. 21 B, § 2.)

Avant la loi *Julia*, la femme avait bien une action en restitution de la dot, mais cette action pouvait être complètement illusoire; aussi, notre loi, en déclarant le fonds dotal inaliénable sans le consentement de la femme, est-elle venue porter un remède à cette situation. Désormais, si le mari a aliéné l'immeuble dotal malgré la prohibition édictée, la femme aura, à la

dissolution du mariage, une action en nullité pour faire tomber l'acte d'aliénation. Assurée ainsi d'obtenir la restitution de sa dot, il lui sera plus facile de contracter un second mariage.

Certains auteurs ont prétendu que la disposition relative à l'inaliénabilité de la dot avait été édictée aussi dans le but de permettre au mari d'exercer, après le divorce, l'action en adultère contre sa femme.

Cette opinion est basée sur un double argument.

On invoque, en premier lieu, la place même de notre disposition dans la loi *Julia* : après s'être occupée du délit d'adultère et de sa répression, cette loi proclame le principe de l'inaliénabilité de la dot. Il y a donc, dit-on, une connexité évidente entre ces deux matières : on ne comprendrait pas, sans cela, que la loi les eût traitées dans un même texte.

Et cette connexité, ajoute-t-on, est des plus rationnelles. La loi a voulu atteindre l'adultère : or, n'est-il pas manifeste que le mari, tenu de restituer une dot qu'il a aliénée, hésitera, après le divorce, à introduire une action en adultère et préférera le plus souvent y renoncer dans le but de se soustraire à toute restitution ? Et n'est-ce pas faire disparaître cet inconvénient que de proclamer l'inaliénabilité du bien dotal ?

Nous ne croyons pas que cette théorie doive être complètement admise. D'une part, en effet, il est

impossible que la femme, en consentant à l'aliénation, puisse faire disparaître une disposition destinée à réprimer un délit par elle commis, et si la loi avait poursuivi le but indiqué, elle aurait certainement établi l'inaliénabilité absolue. D'autre part, le décès du mari, la *maxima* ou la *minima capitis deminutio* qu'il a encourues ne transforment en rien le caractère d'inaliénabilité du fonds dotal ; ce fonds conservera entre les mains des héritiers ou des successeurs à titre universel le caractère qu'il avait entre les mains du mari lui-même.

Le véritable but de la loi *Julia* a été de favoriser les mariages, en permettant à la femme de contracter une nouvelle union plus facilement qu'auparavant. (Voir Demangeat, *du Fonds dotal*, p. 56 et suiv.)

SECTION PREMIÈRE

A QUELS BIENS S'APPLIQUE LA PROHIBITION DE LA LOI JULIA .

Il est certain que la loi *Julia* s'applique aux immeubles qui sont qualifiés, soit de *prædia*, soit de *fundi*, soit, d'une manière encore plus large, de *res soli*. (*Gaius*, II, § 63 ; *Paul*, *Sent.* II, titre 24 B, § 2 ; — *Inst.*, liv. II, titre 3, *pr.*) Mais il faut, en outre, qu'il s'agisse d'immeubles dotaux, c'est-à-dire apportés par la femme *ad onera matrimonii sustinenda*.

Il ne faudrait pas croire, cependant, que tout im-

meuble apporté en dot et devenu la propriété du mari soit par cela même restituable. Ainsi, au cas où l'immeuble a fait l'objet d'une estimation, il échappera à l'application de la loi *Julia* : l'estimation produisant des effets analogues à ceux de la vente. La femme n'aura donc que le droit, à la dissolution du mariage, de réclamer la valeur estimative.

Il en serait autrement si l'estimation n'avait été faite que *taxationis causa*.

Loin d'équivaloir à une vente, l'estimation, dans cette hypothèse, n'a eu pour but que de déterminer d'une façon plus précise la mesure de la responsabilité éventuelle encourue par le mari, par suite de sa faute ou de sa négligence. Cette responsabilité se trouve même ici rendue plus rigoureuse : non seulement il doit donner à l'immeuble les soins qu'il apporte à ses affaires personnelles, mais il devient tenu de la diligence exigée d'un *bonus paterfamilias*. En d'autres termes, il est tenu de la *culpa levis in abstracto*, et non de la *culpa in concreto*.

Cette décision résulte de la loi 2, § 1, au Digeste, livre 17, titre 2, qui édicte une règle analogue dans l'hypothèse où des choses ont été apportées *taxationis causa* dans une société.

Les diverses explications que nous venons de donner se réfèrent au fonds dotal situé en Italie. La loi *Julia* disposait-elle de même à l'égard des fonds provinciaux ? Rien dans son texte ne paraît l'indiquer,

et Gaius nous rapporte, sans indiquer quelle solution avait prévalu, la controverse qui s'était élevée sur ce point (*Gaius II, 63.*) Si l'on s'entendait cependant au texte des *Institutes* de Justinien (*livre II, titre 8, pr.*), la loi *Julia* aurait été seulement appliquée aux immeubles italiques. Mais, en présence du texte de Gaius, nous estimons que la difficulté relative à la portée d'application de notre loi résultait surtout du caractère reconnu aux fonds provinciaux qui, n'étant point susceptibles d'une véritable propriété, mais d'une simple *possessio*, ne pouvaient faire l'objet d'une aliénation proprement dite. Cette considération devait rendre, en fait, sans utilité, la prohibition d'aliéner.

Quant à la dot mobilière, bien qu'elle n'ait point été l'objet de dispositions spéciales, on peut cependant dire que la loi *Julia* ne lui était nullement applicable. Nous voyons, en effet, dans la loi 21 au Digeste, livre 40, titre premier, que le mari a le droit d'affranchir et, par là même, d'aliéner l'esclave dotal; en conséquence, on peut décider qu'il a, relativement aux autres meubles dotaux, un pouvoir aussi étendu, l'affranchissement étant l'acte le plus dangereux pour la femme, puisqu'il diminue son patrimoine sans aucune compensation. Quant à la restriction si *vir solvendo est*, elle s'explique par la loi *Ælia Sentia*, qui défendait au mari, comme à tout autre débiteur, d'affranchir son esclave *in fraudem creditorum*.

Pour que l'inaliénabilité de la dot puisse être considérée comme une véritable restriction apportée aux droits du mari, il faut nécessairement supposer chez ce dernier la qualité de propriétaire de la dot. Cette condition est formellement indiquée aux *Institutes* (livre 2, tit. 8 pr.): *Nam dotale prædium invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, dotis causa ei datum*. Peu importe, du reste, la date de cette constitution de dot, ni le mode employé pour la réaliser. Peu importe, également, que le mari ait le domaine quiritaire ou bonitaire : l'immeuble n'en sera pas moins entre ses mains dotal et inaliénable. Cette dernière solution nous semble résulter du *principium* de la loi 14, au Digeste, livre 23, titre 5 : dans ce texte, le jurisconsulte Paul prévoit l'hypothèse où une femme fiancée à Titius fait tradition à Mævius, sur l'ordre de son futur époux, du fonds qu'elle se constitue en dot. Il décide qu'entre les mains de Mævius le fonds livré aura la même condition qu'il aurait eue, si tradition en avait été faite à Titius lui-même. Or, il est bien évident que le mari a bien pu acquérir par Mævius la possession et l'*in bonis*, mais non pas le *dominium ex jure Quiritium*, qui aurait exigé l'emploi d'un mode solennel.

On pourrait cependant soutenir que Paul, au lieu de prévoir le cas d'un mari acquérant *per alienam personam* la possession du fonds, a entendu au con-

traire, viser le cas où la tradition a été faite à Titius, à titre de paiement ou de libéralité. Ce serait alors ce dernier et non Mœvius qui serait devenu propriétaire. Et cette solution n'aurait rien de choquant, puisque, sous Paul, l'aliénation du fonds dotal pouvait être effectuée *consentiente muliere*. Nous nous trouverions donc ici en présence d'un double transfert de propriété : un transfert fictif, fait par la future à son mari, suivi immédiatement d'une aliénation à Mœvius. Bien que très compréhensible, cette hypothèse ne nous paraît pas avoir été dans la pensée du jurisconsulte : ce qui le prouve bien, c'est qu'il affirme qu'entre les mains de l'*accipiens* l'immeuble livré sera affecté de la même condition qu'il aurait eue entre les mains de Titius, c'est-à-dire de la condition d'inaliénabilité. Or, cette condition ne peut avoir sa raison d'être que tout autant que le fonds dotal est la propriété du mari. C'est donc la première interprétation qui est la seule exacte et c'est à elle qu'il faut s'en tenir. Vainement, on nous opposerait la loi 13, § 2, au Digeste, livre 33, titre 5, car le mot *dominium* n'a pas toujours eu le sens exclusif de *dominium ex jure Quiritium* et a eu un sens large que présentent certains textes. (*Gaius*, II, § 40.)

SECTION II

QUELS SONT LES ACTES PROHIBÉS PAR LA LOI JULIA.

L'unique objet de la loi *Julia* est de prohiber certains actes que le mari devrait pouvoir faire comme propriétaire des immeubles dotaux, et encore cette prohibition disparaît-elle devant le consentement, exprès ou tacite, donné par la femme à l'acte de disposition que veut faire le mari. Le consentement, même postérieur à l'aliénation, a une égale efficacité. (*L. 77, § 5, Dig. XXXI, 2.*) Par une dérogation aux principes fondamentaux qui régissent la famille romaine, il en sera ainsi alors même que le *paterfamilias* en la puissance duquel est restée la femme se refuserait à l'aliénation. Le législateur n'ayant restreint les pouvoirs du mari qu'en vue de protéger la femme, à elle seule il appartient d'apprécier si elle entend user de cette protection. (*Loi 12, § 1, Dig. XXIII, 5.*)

En résumé, l'inaliénabilité du fonds dotal n'existe que si la femme le veut bien et dans les rapports du mari avec les tiers.

Sous cette réserve, énumérons quelles sont les aliénations défendues au mari.

Que faut-il tout d'abord entendre par le mot *aliénation*?

La loi première au Code, livre V, titre 23, s'exprime ainsi : *Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur*. D'après les termes de cette définition, l'on doit placer au premier rang des actes défendus au mari ceux qui auraient pour résultat la transmission de la propriété d'un bien dotal. Cette règle, sauf certaines exceptions que nous verrons plus loin, doit s'appliquer sans distinction aux actes à titre gratuit et aux actes à titre onéreux, que ces actes transfèrent le droit de propriété dans son entier ou ne fassent qu'en diminuer l'étendue. C'est ainsi que la loi *Julia* s'appliquera aux legs *per vindicationem et per præceptionem* ; ainsi encore, le mari ne pourra point renoncer à une servitude établie au profit du fonds dotal ni en établir une nouvelle sur ce fonds au profit d'un autre fonds. (*Loi 16, Dig. XXIX, 1 ; Loi 2, Dig. XXIII, 5.*)

Il peut, toutefois, arriver que, pendant le mariage, le mari achète un fonds grevé d'une servitude au profit du fonds dotal, ou que la femme apporte en dot un fonds auquel un immeuble du mari doit une servitude. Dans le premier cas, la servitude s'éteindra par confusion, par application de la règle *nemini res sua servit*. Cette extinction ne sera que provisoire : si le mari revend l'immeuble au vendeur primitif, il devra stipuler le rétablissement de la servitude ou, à défaut, indemniser la femme. Dans le second cas, la confusion produit le même effet, et au moment

de la restitution de la dot, l'immeuble dotal reviendra à la femme avec l'ensemble des droits réels établis à son profit lors de la constitution de la dot (*L. 7, pr. et § 1, Dig. XXIII, 5.*)

L'imprescriptibilité du fonds dotal est la conséquence de son inaliénabilité; c'est ce qui résulte de la loi 28 du Digeste, livre 50, titre 16, qui considère le fait, par un propriétaire, de laisser usucaper son bien ou de perdre une servitude par le non-usage, comme constituant une sorte d'aliénation indirecte : *alienationis verbum etiam usucapionem continet : vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes.* Si l'on n'eût pas décidé ainsi, il aurait été trop facile au mari de rendre vaine la prohibition de la loi *Julia*, en laissant usucaper un tiers.

Une exception, toutefois, doit être admise, quand le début de l'usucapion se place à une date antérieure à la constitution de dot : ce n'est là qu'une application de la règle en vertu de laquelle le tiers possesseur peut achever, malgré sa mauvaise foi, une usucapion régulièrement commencée. Mais alors, le mari sera responsable de n'avoir point interrompu la possession du tiers, à moins cependant qu'au moment de la constitution de dot, le délai utile pour arriver à l'usucapion ne fût de très courte durée : il appartiendra alors au mari qui veut dégager sa responsabilité de prouver cette allégation.

L'imprescriptibilité, d'ailleurs, dure autant que l'inaliénabilité, elle survit à la dissolution du mariage tant que le fonds n'a pas été restitué.

C'est donc l'aliénation du fonds dotal, sans le concours de la femme, que la loi *Julia* interdit au mari. Cette prohibition cependant n'est pas absolue : elle ne reçoit pas son application, notamment lorsqu'il s'agit d'une *alienatio per universitatem* : dans ce cas, le fonds dotal sera valablement transmis, même sans le consentement de la femme, en même temps que le patrimoine du mari dont il forme un élément. L'universalité même de l'aliénation, ainsi que les circonstances dans lesquelles elle se produit, ont paru de nature à faire fléchir la rigueur de la loi.

Ces circonstances sont les suivantes :

1° Quand il y a lieu à *hereditas*. L'immeuble dotal fait partie de la succession du mari, et devient, en conservant la même situation juridique, la propriété de l'héritier : peu importe, d'ailleurs, que celui-ci soit légitime ou testamentaire. (*L. 1, § 1, Dig. XXIII, 5.*)

2° Lorsque le mari subit la *maxima capitis deminutio*. Tous ses biens passent alors à son nouveau maître qui les acquiert à titre universel. (*L. 2 pr. et § 1, Dig. XXIII, 5.*)

3° Dans le cas où il s'est donné en adrogation. (*Gaius, III, § 83.*)

4° Dans l'hypothèse où il a contracté une société

totorum bonorum. Tous ses biens tombent alors dans l'actif social. Toutefois, si la société vient à se dissoudre pendant le mariage, l'immeuble apporté par le mari lui restera, puisqu'il n'est entré dans la société que grevé de dotalité.

La société prend-elle fin après la dissolution du mariage, il sera permis au mari d'exiger de ses associés la restitution de l'immeuble dotal lorsque surviendra le moment où lui-même sera obligé de le restituer. Enfin, si, au moment du partage de la société, il est certain que le mari gagnera soit partiellement, soit en totalité, la dot, le fonds dotal sera partagé entre les associés. (*L. 65, § 16, et L. 66, Dig. XVII, 2.*)

Il ne faut point oublier que, dans tous ces cas, le fonds dotal ne passe au nouveau propriétaire que *cum jure suo*, c'est-à-dire que les acquisitions à titre universel soumettent l'acquéreur aux mêmes charges qui grevaient les biens acquis entre les mains de leur auteur : la loi *Julia* devra donc être considérée comme applicable soit à l'héritier du mari, soit à celui qui acquiert sur lui la puissance paternelle ou dominicale, soit enfin à la société dont il fait partie.

Il importe de remarquer aussi que, toutes les fois que l'aliénation a lieu indépendamment de la volonté du mari ou contre son gré, sa responsabilité n'est plus engagée. Les textes nous fournissent plusieurs exemples : ainsi, la loi première au Digeste, livre

23, titre 5, prévoit, dans son *principium*, le cas d'une aliénation indirecte de l'immeuble dotal résultant d'une usucapion accomplie par un tiers qui a obtenu du prêteur l'envoi en possession de cet immeuble. Cette hypothèse, qui se rattache à une singularité de la procédure romaine, exige, pour être bien comprise, quelques développements.

On suppose, que l'immeuble dotal menace ruine : le propriétaire voisin, en vue du préjudice éventuel que peut lui causer l'effondrement de l'immeuble, appelle le mari devant le magistrat pour obtenir de lui la promesse d'une indemnité équivalente au dommage possible. Or, en vertu d'un principe très ancien, un propriétaire ne peut jamais être engagé à l'occasion d'une chose lui appartenant au delà de la valeur de cette chose. Dans notre hypothèse, par conséquent, si l'immeuble dotal venait à tomber en ruine, le mari, en abandonnant les matériaux, échappait à toute responsabilité, quelque considérable que fût, du reste, le préjudice occasionné par la chute de l'immeuble. Aussi, en vue de s'assurer une indemnité sérieuse, le voisin appelait-il le mari devant le prêteur pour lui faire promettre sous caution de l'indemniser complètement du préjudice. Cette promesse prenait le nom de *cautio damni infecti*. Au cas de refus du mari, le magistrat pouvait prononcer au profit du demandeur la *missio in possessionem fundi dotalis*, qui, sans enlever au propriétaire ni la pro-

priété ni la possession, permettait cependant au réclamant de pénétrer à son gré dans l'immeuble, ce qui devait constituer une gêne réelle pour le propriétaire et l'amener le plus souvent à se soumettre. Quelquefois, cependant, ce moyen de contrainte était inefficace, et, comme le préteur ne pouvait condamner le propriétaire à des travaux, *nemo potest cogi ad factum*, il devait, pour vaincre son obstination et le forcer indirectement à exécuter ses ordres, autoriser le demandeur à occuper l'immeuble et à en acquérir l'*in bonis*, malgré son caractère dotal. C'est cette aliénation forcée qui est prévue par notre texte, et il est facile de comprendre qu'on ne pouvait lui appliquer les règles de la loi *Julia*.

Nous pouvons, en second lieu, citer comme exemple d'aliénation forcée le cas où l'immeuble dotal étant indivis, l'action en partage est intentée par un copropriétaire : il y a là une aliénation, puisque, en Droit romain, le partage est un acte translatif de propriété ; mais comme nul n'est tenu de rester dans l'indivision et que chacun des copropriétaires a le droit de la faire cesser, il en résulte que cette aliénation est nécessaire et que le mari est obligé de la subir. (*L. 78, § 4, Dig. XXIII, 3.*)

SECTION III

SANCTION DE LA LOI JULIA

La sanction de la loi *Julia* consiste dans la nullité de l'aliénation faite en violation de ces dispositions. Cette nullité peut d'ailleurs être tout d'abord couverte par la ratification expresse ou tacite de la femme : de plus, la loi 3, § 4, au Digeste, livre XXIII, titre 5, nous apprend que pour qu'un immeuble dotal soit frappé d'inaliénabilité, il suffit qu'au moment de l'aliénation, ou même éventuellement, cet immeuble puisse être restituable à la femme. En conséquence, nous devons décider que l'aliénation est valable, toutes les fois que la constitution de dot aura été accompagnée d'une clause enlevant à la femme tout droit à la restitution : il en sera de même, lorsque, par suite du prédécès de la femme, la dot sera définitivement acquise au mari.

La loi *Julia* n'étant intervenue que dans l'intérêt de la femme, nous devons nous demander maintenant par qui et à quelle époque pourra être invoquée la nullité de l'aliénation faite sans son consentement.

Il est tout d'abord manifeste que le mari pourra invoquer cette nullité et intenter l'action en revendication pendant le mariage : cela résulte de la loi

17 au Digeste, livre 23, titre 5. D'autre part, de nombreux textes décident que l'aliénation faite dans ces conditions par le mari est nulle. Ils l'autorisent par cela même, reconnaissant sa qualité de propriétaire, à revendiquer le fonds ainsi aliéné sans droit.

On pourrait se demander quelle serait la situation du mari, si l'exercice de l'action en revendication au cours du mariage, lui ayant fait recouvrer le fonds dotal, il en devenait, après coup, définitivement propriétaire et dispensé de toute restitution. En nous basant sur l'esprit de la loi *Julia*, nous croyons que l'aliénation devra être considérée comme confirmée par cela seul que l'immeuble est irrévocablement acquis au mari et que, dès lors, l'acquéreur sera admis à en réclamer de nouveau la restitution. (*Loi 42, Dig. XLI, 3.*)

Quant à la femme, devenue libre par le prédécès du mari ou le divorce, elle aura le droit de réclamer l'immeuble dotal ; mais par quel moyen lui sera-t-il permis de bénéficier de la nullité édictée par la loi *Julia* ?

La loi 77, § 5, au Digeste, livre 34, répond à la question. Ce texte suppose le cas suivant : un mari a consenti, *contra legem Julianam*, la vente d'un immeuble dotal dont le prix n'a pas été payé ; postérieurement à cette vente, il meurt, léguant à sa femme le prix et recommandant en outre par fidéicommis à l'acheteur de s'acquitter entre les mains de sa

femme. Le jurisconsulte ajoute que ce fidéicommiss est sans valeur et que l'acheteur ne sera pas tenu de l'exécuter : *Emptorem fideicommissi non teneri constabat*. Cette nullité du fidéicommiss ne peut trouver son explication que dans la nullité de l'aliénation elle-même : on ne la comprendrait pas en effet sans cela, puisque déjà, sous Papinien, auteur de notre texte, avait été rendu un rescrit d'Antonin le Pieux qui consacrait la validité du fidéicommiss fait à la personne du débiteur.

Le texte prévoyant cependant le cas où la femme, après acceptation du legs, a poursuivi, en qualité de légataire, la restitution du prix, lui interdit la faculté de demander ensuite la nullité de l'aliénation : l'acquéreur serait autorisé à opposer à sa prétention l'exception de dol : *Si tamen, accepto legato, mulier venditionem irritam faceret, eam, oblato pretio, doli placuit exceptione summoveri*. Il résulte bien de ce qui précède que la femme est investie d'une action : on peut se demander cependant quelle est cette action ? Nous croyons qu'il ne peut être question que de l'action en revendication, puisque l'acheteur n'a pu devenir propriétaire. Le raisonnement suivant nous paraît du reste commander cette solution : le mari avait certainement l'action en revendication au moment de son décès ou du divorce, et cette action constitue dans son patrimoine une valeur dotale à laquelle la femme aura le droit de préten-

dre : *mulier venditionem irritam facit*. Au surplus, il est probable que si, dans le cas de divorce, le mari se refusait à céder son action, le préteur autoriserait la femme à intenter une action en revendication utile, comme si la cession avait été accomplie. (*Loi 55, Dig. XXIV, 1.*)

La loi 13, § 3, au Digeste, livre 23, titre 5, décide que les héritiers de la femme auront les mêmes droits qu'elle-même, à la condition que le mariage ait été dissous par le prédécès du mari ou le divorce, et que, dans ce dernier cas, il y ait eu mise en demeure du mari, avant le décès de la femme.

CHAPITRE III

DE LA DÉFENSE D'HYPOTHÉQUER LE FONDS DOTAL.

S'il fallait en croire certains textes (*Instit.*, livre II, titre 8 pr.; *L. 4, Dig. XXIII, 5*), ce ne serait point seulement l'aliénation du fonds dotal que la loi *Julia* aurait défendue, mais encore l'hypothèque de ce fonds, avec cette particularité, toutefois, que, tandis que le consentement de la femme rend possible l'aliénation, il ne rendrait point possible l'hypothèque. Pendant longtemps, de nombreux interprètes ont admis cette doctrine, ne trouvant d'autre raison à cette différence que la facilité plus grande avec laquelle la femme consentirait à grever ses biens : *Ratio diversitatis hæc est : quia facilius mulier consentit obligationem fundi dotalis quam alienationem*. Cette doctrine est encore aujourd'hui défendue par d'éminents interprètes (Gide, *Caractère de la dot*; — Maynz, *Droit romain*, III, p. 33). Cependant certains doutes se sont élevés sur la valeur de cette opinion et on s'est posé la question de savoir si, en admettant que la doc-

trine énoncée plus haut fût en vigueur sous Justinien, l'on était en droit de prétendre qu'elle résultait du texte primitif de la loi *Julia*.

Ce qui semblerait, en premier lieu, permettre de le contester, c'est qu'en s'occupant de la loi *Julia*, certains jurisconsultes classiques ne s'occupent que de la prohibition faite au mari d'aliéner le fonds dotal sans faire même une allusion à la défense d'hypothéquer. (*Paul, II, 21 B, § 2.*)

Justinien, il est vrai, a reproduit aux *Institutes* le paragraphe 63 de Gaius et a décidé que le mari ne pourrait hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme. Mais la citation dont il s'agit ne saurait avoir qu'une exactitude bien douteuse et mériter, par conséquent, qu'une créance bien relative. Il est, en effet, certain que les commissaires de Justinien ont infidèlement reproduit leur modèle quand ils ont décidé que la loi *Julia* n'était point applicable aux immeubles provinciaux. Loin d'être aussi affirmatif sur ce point, Gaius se contentait de mentionner la controverse à laquelle donnait lieu cette question. N'est-on donc pas fondé à penser que l'affirmation des *Institutes*, relative à la prohibition absolue d'hypothéquer, n'a pas une plus grande valeur que l'affirmation relative à l'application de la loi *Julia* aux fonds provinciaux ?

Indépendamment du passage cité de Justinien qui n'est nullement probant, nous avons un texte de Paul,

qui, par son silence sur l'impossibilité d'hypothéquer le fonds dotal, semble confirmer le bien-fondé du système que nous analysons. Ce texte, placé sous un titre qui traite spécialement *de la Dot*, ne devrait-il pas indiquer la prohibition d'hypothéquer, si cette prohibition avait réellement été édictée par la loi *Julia* ? Or, il ne contient, à ce sujet, la moindre allusion.

L'opinion contraire invoque en sa faveur, indépendamment des *Institutes*, la loi 4, au Digeste, livre 24, titre 5, ainsi conçue : « *Lex Julia, quæ de dotali prædicio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem juris sit quod de marito.* »

Bien qu'elle paraisse formelle, cette loi nous apparaît comme ayant été interpolée par les commissaires de Justinien. Sans doute, la prohibition d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme, existait à l'époque de Justinien. Mais, afin de mettre la loi 4 en harmonie avec les innovations faites en notre matière, Tribonien et ses collègues auront dû ajouter le mot *obligare* et supprimer en même temps l'expression *in-vitâ muliere*.

En admettant que la loi 4 soit exempte de toute altération, est-il bien sûr néanmoins qu'au moment où fut portée la loi *Julia*, l'hypothèque existât dans la législation romaine ? L'on sait qu'à l'origine le

créancier qui voulait obtenir des sûretés réelles ne pouvait que se faire transférer la propriété d'une chose appartenant à son débiteur, en prenant toutefois l'engagement par fiducie de lui restituer l'objet après paiement de la dette. Cette institution primitive fut remplacée par le gage proprement dit, auquel succéda l'hypothèque. Bien qu'il soit difficile, en l'absence de textes, d'assigner une date précise à l'apparition de ce dernier moyen de crédit, on pense cependant d'une façon générale, qu'il n'existait point encore sous le règne d'Auguste, où l'aliénation fiduciaire était encore en vigueur. En supposant qu'il en fût ainsi, il est au moins peu probable que la loi *Julia*, qui ne s'appliquait point aux immeubles provinciaux, contînt une disposition relative à l'hypothèque, institution d'origine toute provinciale.

Comment expliquer, en outre, que des jurisconsultes tels que Gaius et Paul parlent d'*alienatio contracta fiducia*, si depuis deux siècles déjà on avait appliqué un système de garanties plus conforme à l'intérêt commun des parties contractantes? (*Gaius II*, § 60; *Paul II*, tit. 13, § 1-7.)

Les considérations qui précèdent nous amènent donc à penser que la loi *Julia* n'a pu prévoir l'hypothèque du fonds dotal, hypothèque encore inconnue à l'époque où fut rendue cette loi.

Il n'en est pas moins certain qu'à l'époque clas-

sique, nous voyons que le mari ne peut hypothéquer le fonds dotal même avec le consentement de sa femme. Quelle origine devons-nous donner à cette incapacité du mari? Il n'est guère possible de répondre avec certitude. Il est probable que cette incapacité spéciale se rattache soit aux édits d'Auguste et de Claude prohibant l'intercession des femmes pour leur mari : *ne feminæ pro viris suis intercederent* ; soit au sénatus-consulte Velleien, rendu probablement sous Claude, qui, généralisant la prohibition faite aux femmes [d'intercéder, ne distinguait plus entre les femmes mariées et celles qui ne l'étaient pas. Or, la permission donnée à la femme d'hypothéquer ses paraphernaux dans l'intérêt d'un tiers eût rendu vaine la prohibition qui lui était faite d'intercéder *pro alio*. Aussi, voyons-nous des textes défendre formellement cette hypothèque. (*Loi 2 pr. et § 1^{er}, Dig. XVI, 1.*) Dès lors, il devait paraître logique aux jurisconsultes qui interprétaient le Velleien de décider que l'hypothèque du fonds dotal, dont la conservation était regardée comme d'ordre public, ne devait pas être permise, et cette manière de voir paraît d'autant plus admissible qu'on s'expliquerait difficilement sans elle que l'aliénation du fonds dotal fût restée possible avec le consentement de la femme, alors que l'hypothèque, au contraire, fût toujours prohibée, même *consensu mulieris*.

Envisageant la prohibition d'hypothéquer comme

une conséquence de la défense faite à la femme, par le sénatus-consulte Velleien, d'intercéder *pro alio*, nous déciderons donc, faisant application des règles posées dans le sénatus-consulte :

1° Que la femme pourra valablement adhérer à la concession d'une hypothèque consentie dans son propre intérêt par son mari ;

2° Que l'hypothèque consentie à un créancier, en violation du sénatus-consulte, sera valable toutes les fois que la femme aura usé de manœuvres frauduleuses pour induire en erreur le créancier relativement à son *intercessio*. (*Loi 2, § 3, et Loi 12, Dig. XVI, 1*; — Demangeat, *Du fonds dotal*; — Ortolan, II, p. 402; — Accarias, I, p. 779.)

Pour ceux qui estiment que la prohibition d'hypothéquer dérive de la loi *Julia*, il y a lieu de décider qu'il y aura nullité de l'hypothèque, soit que la femme y ait consenti dans l'intérêt d'un tiers, soit qu'elle y ait consenti dans son propre intérêt.

CHAPITRE IV

DE LA PROPRIÉTÉ DE LA DOT

La question de savoir à qui appartient la dot, en Droit romain, est une des difficultés qui ont le plus divisé les interprètes de ce Droit. Nous en tenant aux deux opinions extrêmes, qui accordent un droit de propriété plein et entier, l'une au mari, l'autre à la femme, nous allons examiner tout d'abord les textes, à notre avis, décisifs, qui décident que le mari est seul propriétaire de la dot, et ensuite nous essayerons d'expliquer ceux que l'opinion adverse nous oppose.

Et, tout d'abord, même en l'absence de textes, il faudrait décider que le mari est propriétaire des biens dotaux. En effet, la dot est-elle constituée par *datio*? la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, la *traditio* ont rendu le mari propriétaire soit *ex jure Quiritium*, soit simplement *bonitaire*. La dot, au contraire, a-t-elle été constituée par *dictio* ou *promissio*? du moment que la promesse aura été exécutée, les choses

qui appartenait au constituant seront transférées au mari qui en deviendra également propriétaire.

Mais arrivons aux textes :

En premier lieu, nous mentionnerons l'opinion formellement exprimée par Gaius dans ses *Institutes* : *Accidit, aliquando, ut qui dominus sit, alienandæ rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum vel usucaptum. (Gaius II, § 62 et 63.)*

Vainement on soutiendrait que le jurisconsulte n'a fait qu'exprimer une opinion particulière, car pourquoi défendre au mari d'aliéner, si d'après le droit commun il n'est point propriétaire ?

2° Ulpien, L. 47, § 3, Dig. XXIII, 3 : *Si res in dote dentur puto in bonis mariti fieri.*

Ulpien ne met pas le moins du monde en doute que le mari ne devienne propriétaire de la dot ; il suppose la question tellement résolue qu'il s'inquiète seulement, pour le cas où la constitution de dot précède le mariage, du point de savoir à quel moment se réalisera la translation de cette propriété. Il déclare que le mari deviendra propriétaire par l'usucapion si la femme, étant elle-même propriétaire, lui a fait tradition d'une *res Mancipi*, ou bien si elle était *in causa usucapiendi*, auquel cas le temps de possession de la femme comptera pour calculer le délai

d'usucapion. Si, au contraire, on a employé le mode translatif nécessaire, le mari deviendra propriétaire par l'effet même de la *datio*.

3° Papinien, L. 21, Dig. XL, 1 : *Servum dotalem vir qui solvendo est, constante matrimonio manumittere potest.*

Dans cette loi, nous voyons que le mari peut seul affranchir l'esclave dotal. Or, la première condition requise pour que l'affranchissement soit valable, c'est que la qualité de propriétaire existe chez le *manumissor*. Puisque Papinien décide que le mari peut affranchir, c'est qu'il le considère comme étant propriétaire.

4° Ulpien, L. 24, Dig. XXV, 2: *Obres amotas, vel proprias viri vel etiam dotales, tam vindictio quam condictio viro adversus mulierem competit : et in potestate est, qua velit actione uti.*

Le jurisconsulte assimile complètement le cas où la femme a détourné des choses appartenant en propre au mari et celui où elle a détourné des choses dotales ; dans les deux cas, il accorde au mari, à son choix, soit la revendication, soit la *condictio furtiva*. Comment concevoir que les choses dotales fussent traitées comme les choses propres au mari, si ce dernier n'en était pas propriétaire ?

De tous les textes que nous venons d'expliquer, il nous semble résulter d'une façon péremptoire que le mari est propriétaire de la dot. Il nous reste main-

tenant à examiner les textes qui sont invoqués comme donnant un droit de propriété à la femme.

1° Paul, L. 21, § 4, Dig. L. 1 : *Idem respondit, constante matrimonio, dotem in bonis mariti esse : sed si ad munera municipalia a certo modo substantiæ vocentur dotem non debere computari.*

Ce texte, qui prévoit le cas où un homme marié a été appelé à exercer une charge municipale, décide que la dot ne devra point être comptée dans l'évaluation de sa fortune.

Dès lors, disent ceux qui soutiennent que la dot appartient à la femme, il est évident que puisque la dot n'est point comptée, c'est qu'elle n'appartient point au mari. Ce raisonnement n'est pas juste : si le jurisconsulte, tout en reconnaissant, dans la première partie du texte, que la dot est *in bonis mariti*, décide cependant qu'elle ne doit pas être prise en considération dans l'évaluation de sa fortune, lorsqu'il est appelé à remplir une fonction municipale, il y a à cela une double raison. En premier lieu, on ne peut savoir, au moment où le mari est investi de la charge, combien de temps il gardera la dot, cette dernière pouvant devenir restituable, et le mari, en second lieu, est tenu d'employer les revenus des biens dotaux à l'entretien de la famille.

2° Gaius, L. 81, § 1, Dig. XXXV, 2 : *Dos relegata, extra rationem legis Falcidiæ est, scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.*

Cette loi prévoit l'hypothèse suivante. Un mari, dans son testament, lègue à sa femme la dot qu'il a reçue soit d'elle-même, soit d'un tiers *nomine ejus*. Ce legs de la dot ne devra point être compris dans le calcul de la quarte Falcidie, car la femme ne fait en réalité que recouvrer sa propre chose : ne ressort-il pas de là, dit-on, que la dot est bien la propriété de la femme ?

Cet argument est facile à réfuter. Loin d'infirmier l'opinion qui proclame le droit de propriété du mari sur la dot, il contient la reconnaissance la plus formelle de ce droit. En effet, le jurisconsulte suppose le legs valable : or, un principe élémentaire nous apprend que le legs de la chose dont le légataire est déjà propriétaire est de nul effet. Gaius a donc voulu faire seulement allusion à la créance dont la femme est investie contre son mari et à l'action qui servira à recouvrer la dot. (*Inst.*, § 14 et 15, liv. II, tit. 20.)

3° Tryphoninus, L. 75, Dig. XXIII, 3 : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est : et merito placuit, ut si in dotem fundum inæstimatum dedit, cujus nomine duplæ stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse..... hujus etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur, cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet.*

D'après cette loi, dit-on, la femme est réellement propriétaire de la dot : *dos mulieris tamen est* ; d'ailleurs, comment, si elle n'était point propriétaire, aurait-elle, en cas d'éviction, l'*actio ex stipulatu duplicæ*?

Ce raisonnement ne nous paraît nullement fondé : en effet, le texte suppose qu'une femme a acheté un fonds et s'est fait promettre par le vendeur, au cas d'éviction, une somme double du prix et qu'elle a donné ensuite ce fonds en dot à son mari. Deux hypothèses sont à examiner, en supposant que la dot ait été donnée sans promesse précédente.

L'immeuble a-t-il fait l'objet d'une estimation? le mari évincé aura l'action *ex empto* contre sa femme, *æstimatio venditionem facit*, et, en conséquence, cette dernière aura intérêt à agir elle-même contre son vendeur à raison de cette éviction.

N'y a-t-il pas eu d'estimation? — et c'est le cas visé par notre texte, — il est certain que le mari évincé n'aura aucune action contre sa femme. (*L. unique, C. V, 12.*) Dès lors, il semble résulter que cette dernière ne pourrait agir contre son vendeur qu'au moment où elle souffrirait de l'éviction, c'est-à-dire à la dissolution du mariage : comment alors expliquer que cette action compète à la femme pendant le mariage? Mais on oublie que la femme, même pendant le mariage, a un intérêt puissant à ce que l'immeuble reste entre les mains du mari, puis-

qu'elle profite des revenus. Elle a donc intérêt à intenter tout de suite l'action *ex stipulatu duplæ*, qui lui appartient par suite du contrat intervenu entre elle et son vendeur : *quod ipsa evictionem patitur creditur*. C'est seulement pour justifier l'intérêt actuel que la femme a à agir que le jurisconsulte s'est servi de l'expression *tam mulieris est* ; on lui prêterait à tort l'intention de reconnaître à la femme un droit de propriété puisque, par deux fois, il proclame que la dot est la propriété du mari : *Quamvis in bonis mariti dos sit..... Quamvis apud maritum dominium sit*.

Résumant ces derniers textes, nous dirons que les biens dotaux sont des biens spéciaux dont la femme, en vertu même de leur destination, qui est de subvenir aux charges du ménage, retire, de même que le mari et les enfants, des avantages appréciables. Certaines actions lui sont reconnues, en outre, par la loi en vue d'en poursuivre la restitution au jour de la dissolution du mariage ; mais cette créance en restitution ne saurait en rien faire obstacle à ce que, *constante matrimonio*, la propriété de ces biens reste aux mains du mari.

DEUXIÈME PARTIE

DES GARANTIES ACCORDÉES A LA FEMME

DANS LE DROIT DE JUSTINIEN

Les diverses réformes que nous venons d'analyser nous ont fait connaître les profondes modifications apportées aux droits respectifs des époux. La femme, en effet, trouve dans l'inaliénabilité des immeubles dotaux une garantie lui permettant de rechercher le fonds dotal entre les mains des tiers auxquels le mari l'aurait indûment aliéné. Le *privilegium* attaché à l'action dotale lui permet, en outre, de se faire payer par préférence aux créanciers chirographaires. Malgré ces mesures de protection, la femme n'est pas cependant dans une complète sécurité ; il est encore des cas où la dot peut disparaître dans l'anéantissement du patrimoine du mari. Justinien, prenant en considération la faiblesse naturelle de la femme, plutôt que les causes diverses dont s'étaient inspirés Auguste et Claude, va parachever l'œuvre de protection. Pour mettre la dot à l'abri

de toutes chances possibles de perte, il l'entourera de garanties parfois si excessives que Cujas a pu dire avec raison : *In multis articulis juris deteriore esse conditionem feminarum quam masculorum : sed in causa dotium certe est melior conditio feminarum quam masculorum.*

Ces nouvelles mesures, que nous allons successivement étudier, sont contenues dans les constitutions suivantes insérées au Code :

1° La constitution rendue en l'année 529, qui forme la loi 30, au Code, livre V, 12 ;

2° La constitution de l'année 530, qui forme la loi 12, au Code, livre V, titre 13 ;

3° La constitution de l'année 531, qui forme la loi 12, au Code, livre VIII, titre 18.

CHAPITRE PREMIER

CONSTITUTION DE L'ANNÉE 529, L. 30, C. v, 12.

Peu de textes du Droit romain ayant donné lieu à autant de controverses, nous croyons devoir donner la traduction de cette loi :

In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere postdissolutummatrimonium, prærogativam jubemus, et neminem creditorum mariti qui anteriores sunt, posse sibi potio rem causam in his, per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere; ut sive

A l'égard des choses dotales, mobilières ou immobilières, ou même se mouvant d'elles-mêmes, si toutefois elles existent encore, estimées ou non, nous ordonnons que la femme, lorsqu'elle le réclame après la dissolution du mariage, ait le droit de préférence le plus complet et qu'aucun des créanciers même antérieurs ne puisse réclamer sur ces objets un droit préférable d'hypothèque, puisque ces choses ont, dès le principe, appartenu à la femme et qu'elles ont continué de lui appartenir naturellement. En effet, de ce que, par la subtilité des lois, ces biens paraissent avoir passé dans le patrimoine du mari, la réalité n'a pas pour cela été altérée ou obscurcie. C'est pourquoi,

ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, videantur, per utramque viam, sive in rem, sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.

nous voulons que la femme ait une action *in rem*, pour réclamer les choses dotales qui lui sont, pour ainsi dire, demeurées propres, et qu'elle exerce aussi une action hypothécaire préférable à toutes autres; de sorte que, soit que l'on considère les choses dotales comme appartenant à la femme, en vertu du droit naturel, soit qu'on les considère comme ayant passé dans le patrimoine du mari, en vertu de la subtilité des lois, il soit pleinement pourvu à l'intérêt de la femme par l'un et l'autre moyen, par la revendication ou par l'action hypothécaire.

Dans un premier système, proposé par de savants auteurs, et notamment par M. Labbé (Ortolan, III, appendice IV), le mari ne serait plus, comme dans la période précédente, propriétaire de la dot, mais simplement usufruitier des biens dotaux : la loi 30 aurait eu, en effet, pour but de transformer le droit de créance de la femme en un droit de propriété. Pour ces auteurs, la concession d'une action *in rem* pour recouvrer les choses dotales contient la reconnaissance du droit de propriété de la femme, et la nature de ce droit *in rem* se trouve indiquée dans le passage suivant, *cum eadem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio*. L'empereur, toutefois, n'osant pas abroger formellement l'ancien droit, aurait laissé subsister concur-

remment la théorie du droit civil et celle du droit naturel.

Ceux qui estiment que c'est le droit naturel qui, dans sa pensée, doit prévaloir, se fondent sur ce qu'une action en revendication a été accordée à la femme, grâce à laquelle elle sera désormais certaine de recouvrer ses biens dotaux même entre les mains des tiers détenteurs, les mots *si tamen exstant* devant signifier « pourvu que les choses dotales existent encore en nature ».

Les partisans de la théorie civile tirent argument de ce que Justinien a donné à la femme une action hypothécaire privilégiée qui, par exception, aura les mêmes effets que la revendication : la femme sera toujours au moins créancière des biens dotaux ; agissant en cette qualité, elle aura l'action hypothécaire qui portera sur l'objet même de sa créance, ce qui empêchera le tiers acquéreur de pouvoir lui opposer le *jus offerendi*.

De ce qu'une véritable action en revendication est accordée à la femme relativement à ses biens dotaux, l'on peut logiquement déduire que notre loi a étendu à la dot mobilière l'inaliénabilité que la loi *Julia* avait seulement édictée pour la dot immobilière.

On peut objecter contre la solution précédente que notre constitution ne contient aucune restriction formelle aux droits de disposition du mari. Nous le reconnaissons, dit-on, volontiers ; mais l'esprit de la

loi ne permet pas le moindre doute. Comprendrait-on, pour le mari, le droit de consentir une aliénation dont le maintien ou l'annulation appartiendrait au bon plaisir de la femme ? L'existence d'un pareil droit est évidemment incompréhensible. En accordant à la femme un droit de revendication, Justinien a par là même manifesté son intention de modifier les anciens principes.

Nous ne pouvons, quant à nous, admettre cette théorie. En effet, dans la constitution de l'année 529, Justinien rejetant toute distinction entre les choses estimées ou non, l'*actio in rem* devrait donc être applicable à tous les biens constitués en dot. Or, cela est inadmissible, puisque les textes nous montrent le mari propriétaire des choses estimées et débiteur seulement de leur valeur. Du reste, l'Empereur lui-même, dans une constitution rendue l'année suivante, consacre cette distinction : *Tamen legem Anastasiam intelligi oportet in rebus mariti, vel dotis quidem æstimatis, in quibus dominium et periculum mariti est*. Comment expliquer, d'autre part, que si, dès l'année 529, Justinien avait véritablement considéré la femme comme propriétaire des biens dotaux, il eût pris soin, les années suivantes, de créer en sa faveur des garanties nouvelles dont nous constaterons l'importance ? Comment expliquer, en outre, l'existence, dans les *Institutes* et dans le Digeste, de nombreux textes pro-

mulgués en l'année 533, qui mentionnent le droit de propriété du mari? Nous estimons que le mari est toujours propriétaire des biens dotaux et qu'il peut les aliéner valablement, sauf les restrictions de la loi *Julia*. Dans la loi unique, au Code livre V, titre 13, § 15, rendue en l'année 530, l'inaliénabilité n'est modifiée qu'en ce touche la dot immobilière, ce qui démontre bien que, l'année précédente, on n'avait nullement voulu toucher aux pouvoirs du mari relativement à la dot mobilière.

Dans un second système (Gide, *Caractère de la dot*; — Maynz, *Droit romain*, III), on reconnaît, d'une part, que la loi 30 n'a rien changé à ce qui existait dans la période précédente relativement à la propriété de la dot, mais on soutient, d'autre part, que cette constitution a tout simplement voulu renforcer les avantages qu'offrait le *privilegium* attaché à l'action *rei uxoriæ*, en étendant, même à l'encontre des créanciers hypothécaires du mari, le droit de préférence existant déjà au profit de la femme à l'encontre des créanciers chirographaires; mais notre constitution n'aurait accordé à la femme ni action hypothécaire, ni action en revendication. Sans doute, on voit le privilège (*prærogativa*), simple droit de préférence, qualifié à la fois d'action en revendication et d'action hypothécaire; mais c'est là une façon particulière de marquer l'innovation qui a donné à la femme le droit d'opposer son *pri-*

vilegium même aux créanciers hypothécaires du mari. Il serait excessif de vouloir donner à ces expressions une plus grande portée. Enfin, ajoutet-on, ce qui établit d'une manière irréfutable la justesse de cette interprétation, c'est que dans la constitution postérieure de l'année 530, Justinien crée une hypothèque pour la femme et paraît présenter cette création comme une véritable innovation.

L'Empereur, en un mot, a voulu tout simplement étendre et compléter le *privilegium* qu'avait la femme en lui donnant le passur les hypothèques conférées par le mari à ses créanciers sur les biens dotaux restés en sa possession.

En admettant l'interprétation qui précède, on est amené à traduire les mots *si tamen exstant* : pourvu que les biens dotaux soient dans le patrimoine du mari. Leur insertion dans la loi aurait été motivée par le désir de refuser à la femme tout droit de suite contre les tiers acquéreurs : à l'appui de cette traduction on invoque des passages de Justinien lui-même, dans lesquels les *res exstantes* sont opposées aux *res dissipatæ vel alienatæ*. (L. 12, c. VIII, 18. L. 6, § 3, c. V, 9.)

Nous reconnaissons très volontiers que le système que nous venons de résumer est très ingénieux, et a le mérite de résoudre bien des difficultés. Nous ne pouvons cependant l'admettre. Ce n'est point, à notre avis, un simple droit de préférence que Justinien

accorde à la femme, mais bien une véritable hypothèque privilégiée lui conférant un droit de suite contre les tiers acquéreurs des biens dotaux. Cette opinion nous paraît d'abord conforme à l'intention clairement marquée par Justinien de faire à la femme une situation exceptionnelle. *Volumus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere*. Serait-il donc logique, après une déclaration aussi explicite, de maintenir la femme dans une situation de droit commun ? Enfin, quelle explication raisonnable donner à la dernière partie de la loi, où il est parlé d'usucapion et de prescription pouvant s'accomplir contre la femme, si celle-ci n'a pas une hypothèque privilégiée avec ses deux attributs essentiels : le droit de préférence et le droit de suite ? Ces motifs nous font repousser l'interprétation restrictive donnée aux mots *si tamen exstant*. Cette expression vise, non l'existence des choses dotales aux mains du mari, mais leur existence en nature même entre les mains des tiers détenteurs. Notre interprétation s'applique plus particulièrement dans l'hypothèse où la femme s'est constitué en dot des objets mobiliers faciles à détériorer ; lorsque le mari les aura aliénés, l'hypothèque établie sur eux au profit de la femme ne sera efficace que tout autant qu'ils seront encore *exstantes* entre les mains de l'acquéreur. La large acception que comporte l'expression *exstare* se prête à notre traduction, con-

forme, du reste, au sens donné à ce mot dans la loi 50, au Digeste, livre 24, titre 3.

Dans un troisième système, généralement admis, le mari continue à rester propriétaire des biens dotaux et capable d'aliéner la dot mobilière. Dans la constitution de l'année 529, Justinien a seulement voulu accorder à la femme une double faveur :

1° Une hypothèque privilégiée sur tous les biens dotaux ;

2° Subsidiairement, et à défaut de l'action hypothécaire, une action en revendication.

La création d'une action hypothécaire qui permettra à la femme de passer sur tous ses biens dotaux avant les créanciers hypothécaires du mari, telle est la disposition essentielle de notre loi, dont le but a été de corriger les inconvénients pratiques qu'offrait le *privilegium* de la femme. Cette action hypothécaire portera sur tous les biens dotaux, meubles ou immeubles, constitués avec ou sans estimation. Pour les biens constitués avec estimation, et dont la dotalité est plutôt nominale que réelle (ce qui est dotal, c'est bien plus l'estimation que le bien lui-même), on devra décider encore que la femme aura son hypothèque.

L'hypothèque privilégiée de la femme frappera même les choses dotales acquises avec l'argent dotal. *Res quæ dotali pecunia comparatæ sunt dotales esse videntur.* (Loi 54. Dig. 23, 3.) Pellat, p. 239.

Une seule condition est apportée à l'exercice de l'action hypothécaire : il faut que les objets qui en sont frappés existent en nature : *ut res exstent*. Nous venons d'indiquer les difficultés qui se sont élevées à l'occasion de l'interprétation de ces mots : sans revenir sur les arguments produits, nous estimons qu'on doit ainsi les entendre : « pourvu que les objets n'aient point péri au moment où la femme agira. »

En conséquence, si le mari aliène un bien dotal, ce bien n'entrera dans le patrimoine de l'acquéreur que *salvo jure mulieris*. Nous ne comprendrions point, en effet, qu'on enlevât à la femme son hypothèque dans le cas précisément où elle lui serait le plus nécessaire, ce serait la mettre dans une situation inférieure à celle d'un simple créancier hypothécaire. — Et pour expliquer l'intérêt que peut avoir la femme à avoir une hypothèque privilégiée sur l'immeuble dotal, ce fonds ne pouvant être aliéné sans son consentement, nous rappelons seulement qu'elle lui sera utile dans le cas d'aliénation nécessaire.

Mais la femme qui réclamait sa dot par l'action hypothécaire n'avait droit qu'à une somme d'argent, alors que souvent elle aurait préféré reprendre son apport en nature : aussi, Justinien, par une seconde innovation, accorde-t-il à la femme de recouvrer, sous certaines distinctions, les choses dotales par une action en revendication. D'après la majorité des

interprètes, nous ne serions point en présence d'une véritable revendication. D'une part, en effet, la concession à la femme d'une action *in rem*, pouvant s'exercer *ergà omnes* serait absolument inconciliable avec les pouvoirs d'aliénation du mari et, d'autre part, il serait assez peu logique qu'on eût parlé du droit principal après le droit accessoire. Aussi, cette action en revendication ne sera-t-elle applicable qu'à l'égard du mari ou de ses héritiers, sous les restrictions suivantes.

Relativement aux meubles dotaux qui se trouvent dans le patrimoine du mari au moment de la dissolution du mariage, la femme aura le droit de les revendiquer; en lui accordant cette faculté, Justinien a voulu éviter les inconvénients qui résultaient pour elle de l'exercice de son action hypothécaire. En effet, bien que sa créance soit garantie par une hypothèque privilégiée, elle n'en reste pas moins exposée à se voir enlever le meuble *in specie* par le *jus offerendæ pecuniæ*, et à ne toucher que la valeur de sa dot, au lieu de la recouvrer en nature.

S'agit-il, au contraire, de meubles dotaux aliénés par le mari, même *sine consensu mulieris*, le tiers acquéreur étant devenu propriétaire ne sera soumis qu'à l'action hypothécaire de la femme et pourra se libérer en offrant la valeur de l'objet.

Ainsi comprise, l'action en revendication offre une incontestable utilité pour la femme, qu'il s'agisse,

pour elle, de recouvrer un bien auquel elle est attachée ou un objet dont la plus-value possible pourra lui permettre un jour de réaliser un bénéfice appréciable.

Cet avantage n'existerait plus pour la femme, si l'on admettait, comme dans le système que nous avons combattu, que la femme n'a d'autre garantie que le *privilegium interpersonales actiones*.

Quant aux choses dotales, mobilières ou immobilières, ayant fait l'objet d'une estimation, la femme ne pourra, dans aucun cas, les revendiquer. Cela est évident, dans le cas où elles ne se trouvent plus dans le patrimoine du mari au moment de la dissolution du mariage ; celui-ci les ayant valablement aliénées et les tiers acquéreurs les ayant valablement acquises, on ne saurait concevoir la possibilité d'une revendication.

Il en est ainsi, même dans le cas où les biens dotaux estimés seraient encore, lors de la dissolution du mariage, dans le patrimoine du mari. L'estimation équivalant à une vente, c'est non plus la chose elle-même, mais la valeur qui est due à la femme. C'est donc un droit de créance et non un droit de propriété que celle-ci peut invoquer.

CHAPITRE II

CONSTITUTION DE L'ANNÉE 530, LOI UNIQUE, AU CODE,
LIVRE V, TITRE 13.

Cette constitution a un triple objet :

1° Elle transforme l'ancienne théorie de la restitution de la dot ;

2° Elle établit au profit de la femme une hypothèque générale tacite sur les biens de son mari ;

3° Elle augmente les garanties résultant pour la femme de la loi *Julia*.

I. — Elle transforme l'ancienne théorie de la restitution de la dot.

Nous avons dit que, dans le droit classique, deux actions compétaient à la femme pour la restitution de sa dot : l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu*. La première, créée par la coutume, était personnelle, essentiellement de bonne foi, et n'assurait que la restitution partielle de la dot, le mari pouvant exercer certaines retenues ou invoquer le bénéfice de compétence. L'action *ex stipulatu*, au contraire,

résultant de conventions expresses, était de droit strict, transmissible, et ne donnait lieu ni à des retenues, ni à l'exception *Quod facere potest*. Toutes deux avaient des inconvénients ; l'action *rei uxoriæ* ne garantissait point suffisamment les droits des héritiers de la femme et l'action *ex stipulatu* était trop rigoureuse à l'égard du mari. Aussi, Justinien, par une consécration légale des résultats d'une pratique générale, plutôt que par une véritable innovation, opère la fusion des deux actions.

Dès le début de sa constitution, il proclame l'abrogation de l'action *rei uxoriæ*, qu'il y ait eu ou non stipulation. Que la stipulation intervenue soit valable ou nulle, désormais, la dot, quelle que soit son origine, de quelque façon qu'elle ait été constituée, ne pourra être réclamée que par l'*actio ex stipulatu*. Mais tous les avantages de l'action abrogée seront transportés à la nouvelle action de dot.

Examinons rapidement les caractères de la nouvelle action et les effets que produira son exercice :

1° La nouvelle action sera de bonne foi, et ce caractère nouveau donné à l'action *ex stipulatu* n'a rien qui doive surprendre, si l'on songe que Justinien n'a fait que sous-entendre la *clausula doli*, que les parties avaient l'habitude de joindre aux stipulations de cette nature ;

2° La femme pourra, désormais, cumuler le montant de sa dot et le bénéfice de dispositions testa-

mentaires : cependant, les dispositions de l'édit *de alterutro* demeurent applicables, lorsque le mari aura fait des dispositions testamentaires expressément à titre de dot ;

3° La nouvelle action est transmissible dans tous les cas aux héritiers de la femme, que celle-ci soit morte *in matrimonio* ou qu'ayant survécu à la dissolution du mariage, elle n'ait point mis le mari en demeure. C'est là un des principaux caractères de l'ancienne action *ex stipulatu* ;

4° La théorie des *retentiones* est supprimée : passant en revue toutes les causes de retenue existant dans l'ancien Droit, Justinien, dans le paragraphe 3, en abolit certaines et en transforme d'autres : d'exceptions qu'elles étaient, il en fait de véritables actions ;

5° Le mari, poursuivi par l'action de dot, jouira du bénéfice de compétence ;

6° Les règles du droit classique, en ce qui touche les délais accordés au mari pour restituer la dot, sont conservées. Cependant, par une innovation qui est loin d'être justifiée, à l'ancienne distinction entre les corps certains et les quantités, Justinien substitue la distinction entre les meubles et les immeubles

7° La nouvelle action ne pourra être exercée par le *paterfamilias* qu'avec le consentement de sa fille.

II. — Elle accorde désormais à la femme une hypothèque générale tacite, non plus seulement sur les

objets dotaux, mais encore sur tous les biens du mari.

§ 4. — Et ut plenius dotibus subveniatur : quemadmodum in administratione pupillarum rerum, et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in hujusmodi actione, damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis.....

§ 15. — Cum autem hypothecam etiam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier et si maritus fundum alienare voluerit. Sed et ne consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur, necessarium est, et in hac parte mulieribus subvenire : hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare : ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam. Licet enim *Anastasiana* lex de consentientibus mulieribus vel suo juri renunciantibus loquatur : tamen eam intelligi oportet in rebus mariti, vel dotis quidem æstimatis, in quibus dominium et periculum mariti est. In fundo autem non æstimato, qui et dotalis proprie nuncupatur, maneat jus intactum, ex lege quidem *Julia* imperfectum, ex nostra autem auctoritate ple-

Et afin de mieux garantir la dot, prenant exemple des hypothèques tacites créées pour protéger les pupilles contre l'administration de leur tuteur ou existant dans d'autres hypothèses de notre Droit, nous attachons à l'action concernant la dot une double hypothèque : l'une au profit du mari, pour protéger son action en réclamation de la dot et le mettre à l'abri des évictions dotalles; l'autre, à la femme, sur les biens du mari, pour la restitution de sa dot.

Comme par cette loi même nous avons donné une hypothèque à la femme, cette dernière se trouve suffisamment protégée contre l'aliénation du fonds dotal que voudrait consentir le mari. Mais, en outre, afin d'empêcher qu'elle ne consente à amoindrir son hypothèque, nous avons jugé nécessaire de venir à son secours en décidant que non seulement le mari ne pourra pas hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme, mais qu'il ne pourra pas non plus l'aliéner : il y a lieu de craindre que la femme, par suite de sa faiblesse naturelle, ne soit réduite à la misère. Une constitution d'Anastase nous parle de femmes qui donnent leur consentement et renoncent à leur droit ; cette constitution ne doit être appliquée qu'en

num, atque in omnibus terris effusum, non tantum italicis, et sola hypotheca conclusum.

ce qui touche les biens du mari ou les biens dotaux apportés avec estimation : ces biens, en effet, sont sa propriété et lui seul en a les risques. Quant au fonds non estimé, qui est le vrai fonds dotal, nous entendons que la femme conserve intact son droit qui, imparfait sous l'empire de la loi *Julia*, est devenu complet par notre autorité; on ne se borne plus, en effet, à prohiber l'hypothèque, et l'on étend la prohibition des fonds italiques même aux fonds situés dans les provinces.

Justinien estime que les sûretés accordées dans sa constitution de l'année 529 n'étaient point encore assez énergiques, puisque la femme pouvait, dans certains cas, voir sa dot compromise par suite d'aliénations consenties par son mari. Aussi, établit-il au profit de la femme une hypothèque générale tacite qui frappera tous les biens présents et à venir du mari, et qui permettra à la femme de primer tous ses créanciers postérieurs à la date de la constitution de dot.

Nous avons précédemment admis que si la femme ne pouvait, durant le mariage, renoncer à son *privilegium*, elle était libre, du moins, de renoncer à l'hypothèque conventionnelle qu'elle pouvait avoir stipulée de son mari pour sûreté du recouvrement de sa dot. Que faut-il décider, relativement soit à l'hy-

pothèque privilégiée, soit à l'hypothèque générale tacite ?

Dans le paragraphe 15, nous trouvons la réponse, au moins partielle, à cette question.

Pour l'hypothèque générale tacite, aucun doute n'est possible : le texte autorise d'une façon formelle la renonciation dans tous les cas. La constitution d'Anastase, visant le cas d'une renonciation à l'hypothèque conventionnelle, est applicable aussi à la renonciation à l'hypothèque tacite. (*Loi 21, C. IV, 29.*)

Pour ce qui est de l'hypothèque privilégiée, notre paragraphe 15 établit une distinction suivant qu'il s'agit d'immeubles dotaux estimés ou non estimés. S'agit-il d'immeubles estimés, la femme pourra valablement renoncer à l'hypothèque. S'agit-il, au contraire, d'un immeuble dotal non estimé, *fundus proprie dotalis*, le droit de la femme devra toujours rester intact et toute renonciation, par conséquent, devra lui être interdite.

Quelle solution admettre, en l'absence d'un texte, en ce qui touche l'hypothèque privilégiée grevant les meubles dotaux ? Devra-t-on défendre la renonciation, ou, au contraire, appliquer la constitution d'Anastase ? Pour soutenir que la femme ne peut renoncer, on pourrait invoquer la généralité du passage suivant : *Ne et consensu mulieris hypothecæ ejus minuentur*, ainsi que le principe : *causa dotis pacto deterior fieri non potest*.

Nous estimons, cependant, que la prohibition de notre loi ne s'étend qu'à l'immeuble dotal non estimé; à l'égard de tous autres biens dotaux, sans distinction, la constitution d'Anastase qui autorise la renonciation doit pouvoir être appliquée. En effet, le passage où Justinien parle du *fundus non aestimatus* est des plus clairs; c'est l'immeuble non estimé seul qui est visé, et c'est à l'hypothèque qui le grève qu'il est interdit à la femme de renoncer. En vain prétendrait-on que, la dot étant constituée, les sûretés de la femme ne sauraient être amoindries par son fait; nous répondons que Justinien méconnaît lui-même cette règle lorsqu'il décide, quelques lignes plus bas, que la femme peut renoncer à l'hypothèque tacite qu'elle a sur les biens de son mari.

III. — Cette même constitution, dans son paragraphe 15, *in principio*, consacre une double extension des garanties données à la femme par la loi *Julia*. D'une part, elle étend ses dispositions aux fonds provinciaux, et, d'autre part, elle décide que le fonds dotal ne pourra plus être aliéné même avec le consentement de la femme. Cette dernière prohibition apporte une modification considérable au caractère du régime dotal. Si on avait jadis restreint le pouvoir absolu du mari, c'était dans un intérêt d'ordre public, afin de conserver aux femmes leur dot et de favoriser les seconds mariages; désor-

mais on s'inspire surtout des idées de protection déjà indiquées dans le sénatus-consulte Velléen ; c'est surtout la faiblesse naturelle de la femme qui sollicite l'attention du législateur. *Ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam.*

Nous aurons à nous demander si Justinien, en présence des résultats fâcheux de ses dispositions prohibitives trop absolues, n'a pas été amené à modifier, dans la suite, cette partie de sa législation.

CHAPITRE III

CONSTITUTION DE L'ANNÉE 531, L. 12, C. VIII, 18.

§ 1^{er}. — Ad omnia respicientes, et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, et hæc omnia in unum colligentes, sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.

Nous rappelant que nous avons fait déjà deux constitutions pour protéger la dot des femmes, et voulant réunir en une seule toutes ces dispositions, nous décrétons qu'à l'avenir l'action *ex stipulatu*, que nous avons autrefois accordée à la femme ainsi que l'hypothèque tacite que nous avons attachée à titre de garantie, constitueront désormais pour elle des droits préférables à ceux de tous les autres créanciers du mari, fussent-ils antérieurs à la dot....

Les mesures successives édictées en faveur de la femme, que nous avons précédemment étudiées, paraissaient de nature à mettre la dot à l'abri de toutes les chances de perte : sans doute, le mari conservait toujours le titre de propriétaire, mais l'attribut le plus important de son droit lui était enlevé : il y avait, pour lui, impossibilité absolue d'aliéner les

immeubles dotaux. Il était, en outre, tenu d'en opérer la restitution à la dissolution du mariage et la créance éventuelle de la femme était revêtue d'une hypothèque privilégiée sur les choses dotales et d'une hypothèque générale tacite sur les biens du mari. Indépendamment de ces droits, lorsqu'elle n'avait pas usé de la faculté que lui conférait la loi, au cas d'insolvabilité imminente du mari, de réclamer sa dot, elle pouvait recourir à l'action en revendication dans les hypothèses indiquées plus haut.

La constitution de l'année 531, connue sous le nom de loi *Assiduus*, vient cependant lui concéder une hypothèque privilégiée sur tous les biens du mari, hypothèque qui lui permettra de primer désormais les créanciers hypothécaires du mari, fussent-ils antérieurs au mariage. Cette hypothèque, que rien ne peut justifier, n'était accordée que dans les limites de la dot de la femme, et son bénéfice ne s'étendait point à la donation *propter nuptias*. Si, déjà, un privilège exorbitant était accordé à la femme pour la prémunir contre toute perte, il n'était point, en effet, possible de lui faciliter un bénéfice au détriment des créanciers du mari.

CHAPITRE IV

NOVELLE 61

Nous avons vu que dans la constitution de l'année 530, Justinien avait défendu à la femme de consentir à l'aliénation aussi bien qu'à l'hypothèque du fonds dotal, de telle sorte que la nullité absolue devait constituer la sanction de cette double prohibition. Mais cette conséquence a-t-elle été maintenue pendant toute la durée de son règne?

Dans le droit classique, le sénatus-consulte Velléen avait interdit à la femme tout acte d'intercession. Justinien, au lieu de maintenir la doctrine primitive, est venu, par la loi 22, au Code, livre 4, titre 29, limiter la prohibition de ce sénatus-consulte ; il a décidé que l'intercession de la femme pour autrui serait valable, à la condition d'être l'objet, dans le délai de deux ans, d'un acte de confirmation. Dès lors, si l'on admet, comme nous l'avons précédemment fait, que la prohibition d'hypothéquer trouve son origine dans le sénatus-con-

sulte Velléien, la loi 22 devra s'appliquer à l'hypothèque constituée sur le fonds dotal. — Cette hypothèque, consentie au profit d'un tiers et offrant des analogies avec l'intercession, devra, comme cette dernière, pouvoir être ratifiée dans le même délai. C'est ce qu'en effet décide la Nouvelle 61, insérée à la suite de la loi 21, au Code, livre 4, titre 29, et connue sous le nom d'*Authentique sive a me*, qui admet, en termes formels, la validité de l'hypothèque consentie par la femme sous certaines conditions. Il faut, toutefois, se demander si cette Nouvelle n'a point été modifiée par la Nouvelle 134, insérée à la suite de la loi 22, au Code, livre 4, titre 29, et connue sous le nom d'*Authentique si qua mulier*, qui décide que toute obligation de la femme à l'égard de son mari est nulle sans qu'aucune ratification soit possible.

Nous croyons que la Nouvelle 134 vise simplement la loi 22, et non la Nouvelle 61. Cette dernière offre à la femme une protection suffisante, puisqu'elle subordonne la validité de son intercession à l'absence de tout risque, tandis que, d'après la loi 22, la ratification de la femme après deux années rendrait son engagement valable, qu'elle fût exposée ou non à subir une perte.

Mais la Nouvelle 61 a une plus grande importance. Elle nous montre que Justinien a voulu, non seulement autoriser l'intercession de la femme au cas d'hypothèque, mais encore au cas d'aliénation, et

que, dès lors, il a par là apporté des exceptions au principe d'inaliénabilité absolue, édicté par la constitution de l'année 530. En effet l'aliénation du fonds dotal continuera à être nulle en principe, mais elle sera susceptible de ratification. Le consentement donné par la femme à l'opération du mari devra être envisagé comme une *intercessio*, à la condition toutefois que la femme n'ait pas à en souffrir, et tombera sous l'application de la loi 22, au Code, livre 4, titre 29.

Le but principal de la Novelle est, il est vrai, de régler la donation *propter nuptias*, mais ce texte, bien que certains commentateurs aient soutenu le contraire, ne s'occupe point exclusivement de cette matière et pour cela il suffit de lire la rubrique : *Ut immobilia antenuptialis donationis neque hypotheca dentur, neque omnino alienentur a viro, nec consentiente uxore nisi postea satisfieri possit uxori : hæc vero etiam in dote valere*. Nous estimons, en conséquence, que l'idée qui se dégage de la Novelle 61 est que l'inaliénabilité du fonds dotal n'est plus absolue. (*Voir Demangeat, Du Fonds dotal.*)

Nous avons ainsi terminé l'exposé des règles du Droit romain sur les garanties accordées à la femme pour la restitution de sa dot. L'étude que nous venons de faire nous permet de conclure que le régime dotal, sous Justinien, est soumis à un ensemble de règles peu précises : le mari est-il ou n'est-il pas

propriétaire de la dot? L'immeuble dotal, la dot mobilière sont-ils ou ne sont-ils pas absolument inaliénables? Ce n'est que d'une façon indirecte et quelquefois contradictoire que ces questions sont traitées. Aussi, ce défaut de précision explique-t-il les nombreuses controverses qui ont surgi à l'occasion de l'interprétation de ces diverses dispositions législatives, ainsi que la variété des applications que l'on trouve dans les pays où s'est implanté le Droit de Justinien.

DROIT FRANÇAIS

DES DROITS DES FEMMES

EN MATIÈRE DE FAILLITE

INTRODUCTION

Depuis quelques années, la réforme de la législation sur les faillites était impatiemment demandée par les commerçants, les Chambres et les Tribunaux de commerce. Aussi, depuis 1878, de nombreuses propositions de loi émanées, soit de l'initiative parlementaire, soit du Gouvernement, ont-elles été produites, inspirées par le désir de donner satisfaction aux réclamations des commerçants. Ce mouvement a abouti à une réforme partielle de la législa-

tion sur les faillites, et la loi du 2 mars 1889 est venue gravement modifier la loi de 1838, en ce qui touche la capacité civile et politique du débiteur en état de cessation de paiements. Mais la loi précédente n'est qu'une partie détachée d'un projet beaucoup plus vaste, et c'est seulement le désir de donner satisfaction aux revendications les plus justifiées qui a amené le législateur à la voter. La question générale n'en reste pas moins posée, et il est probable qu'elle fera de nouveau l'objet de discussions législatives.

Nous avons été, dès lors, amené à étudier, d'une façon spéciale, l'une des parties de notre législation actuelle les plus controversées, c'est-à-dire le chapitre relatif aux droits des femmes en matière de faillite.

Il est certain qu'aucun conflit d'intérêts n'a donné lieu, quand on a voulu le régler, à de plus vives discussions que celui qui existe entre les créanciers d'un commerçant failli et la femme de ce commerçant. En effet, d'un côté, on doit se préoccuper de considérations qui touchent à la transmission des biens dans les familles, au sort des époux pendant le mariage, à celui des enfants à la dissolution, et cela afin de laisser le plus possible intacts les droits de la femme. Mais, d'autre part, il faut observer que la situation particulière des époux est de nature à favoriser les fraudes et on ne peut oublier le tableau

qu'a tracé Treilhard des scandales fréquents de son époque : « Trop souvent, disait-il au Corps législatif, un commerçant a reconnu, en se mariant, une forte dot qu'il ne touchait pas, soit qu'il voulût faire illusion par l'annonce d'un actif supposé ; soit qu'il préparât, de loin, un moyen de soustraire un jour sa fortune à ses créanciers. Souvent aussi, il acquérait, sous le nom de sa femme, des immeubles qu'il payait de ses propres deniers, ou plutôt des deniers de ses créanciers. Enfin, par des séparations frauduleuses et des actes simulés, les meubles, les bijoux, l'argenterie, tout passait dans la propriété de la femme et au moment d'une catastrophe, souvent méditée de longue main, la femme, avec sa dot factice, ses avantages matrimoniaux, ses indemnités pour des dettes qu'elle n'avait pas payées, et ses acquisitions prétendues, absorbait toute la fortune de son mari. Les malheureux créanciers étaient condamnés à passer leurs jours dans les privations et dans les larmes, pendant que la femme coulait des jours tranquilles dans la mollesse et dans l'oisiveté. Tous les arts concouraient pour décorer le palais qu'elle habitait ; une cour nombreuse prévenait ses désirs et flattait ses goûts, et lorsque elle daignait faire tomber quelques faibles secours sur un petit nombre de malheureux, non par bienfaisance, car la bienfaisance n'habite pas avec le vol, mais dans l'espoir que quelques infortunés étoufferaient la malédiction

de la multitude, ces actes prétendus d'humanité, étaient encore proclamés avec éclat par des écrivains officiels jusque dans les cours étrangères. » (Locré, *Esprit du Code de commerce*, tome IX, p. 100.)

La législateur doit donc prendre les dispositions nécessaires pour prévenir la fraude. Il doit exiger de la femme la justification la plus complète sur la réalité de ses apports, sur le paiement des dettes de son mari et, en général, sur toutes les prétentions qu'elle peut faire valoir quand elle est en conflit avec les créanciers de ce dernier. Mais, afin de diminuer la perte des créanciers, la loi doit-elle sacrifier tous les biens de la femme ? Nous ne le pensons point ; car la situation de la femme et celle des créanciers ne méritent pas la même protection. Tandis qu'en effet, les créanciers n'ont traité avec le commerçant que dans l'espoir de réaliser un gain, la femme, au contraire, en se mariant, n'a été animée d'aucune pensée intéressée. Elle a apporté des biens destinés à contribuer aux charges du mariage et il serait injuste de ne point lui en assurer la conservation. De plus, elle ne peut être responsable de la faillite de son mari ; admettre cela, serait, sous prétexte de faire des concessions au crédit, porter un coup mortel au mariage.

Assurément, il répugne de voir la femme, les enfants, le failli lui-même vivre richement alors que les

créanciers sont ruinés, et c'est ce sentiment qui a provoqué les observations que Napoléon I^{er} formulait en ces termes, dans la séance du Tribunal du 28 juillet 1807 :

« Il serait à désirer que la femme, dans tous les cas, partageât le malheur de son mari. Dans une communauté de biens et de maux, telle qu'est le mariage, il est inconcevable que le désastre du mari ne retombe pas d'abord sur sa famille, et que sa femme ne sacrifie pas tout ce qu'elle possède pour prévenir, ou du moins adoucir les torts d'une personne avec laquelle elle est si étroitement unie. Il répugne de voir la femme d'un failli étaler un luxe insolent auprès de malheureux créanciers dont les dépouilles l'ont peut-être enrichie. Ne serait-ce donc pas assez de réduire cette femme à de simples aliments ? On ne déshonore pas le négociant qui se marie, on ne le met pas hors des droits civils en lui ordonnant de ne se marier que sous le régime de la communauté, et cette disposition est juste, car la femme est appelée naturellement à partager le malheur du mari, comme elle l'est à partager sa bonne fortune. Si la femme conserve ses reprises, les négociants trouveront moyen de pratiquer les fraudes. Il convient de décider que la femme ne reprendra que les immeubles dont elle aura eu la propriété un an avant son mariage, afin qu'on soit certain qu'elle ne reprend pas des immeubles acquis des deniers du mari. On pour-

rait laisser la femme retirer ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme, de soixante mille francs, par exemple ; ce ne sont là que des aliments pour la famille, mais il répugne de voir un mari jouir tranquillement, au milieu des créanciers qu'il a ruinés, du produit d'un immeuble de quatre cent mille francs provenant de sa femme. »

Nous ne pouvons admettre, cependant, que le législateur puisse imposer à la femme l'obligation de sacrifier tous ses biens, alors qu'elle n'est nullement la cause des mauvaises affaires de son mari et qu'au contraire, en rendant, grâce à ses apports, plus considérables les relations commerciales de son mari, elle a pu faire gagner les créanciers.

De ces quelques considérations, il résulte que si les créanciers doivent être protégés contre les fraudes possibles commises par la femme à leur détriment, il ne faut pas cependant aller jusqu'à sacrifier les droits de la femme. C'est entre ces deux intérêts contradictoires que le législateur devra se placer.

Nous allons donc rapidement indiquer les précédents de la législation actuelle. (*Voir* rapport de M. Laroze, n° 1842, p. 126 et suiv.) Nous consacrerons un examen plus approfondi aux textes du Code de commerce qui régissent actuellement la matière.

Le Code de 1807 était sévère en ce qui concerne les droits des femmes en matière de faillite ; ses auteurs n'avaient pas cependant adopté toutes les

rigueurs qui leur étaient proposées. On ne demandait rien moins, à cette époque, que de faire tomber dans l'actif de la faillite tous les biens personnels de la femme, tous apports devant être annulés par le fait de la faillite. On n'alla pas aussi loin ; mais indépendamment de l'organisation de tout un système de publicité du contrat de mariage des commerçants, système qui subsiste encore, la loi des faillites exigea les justifications les plus complètes chaque fois que la femme réclamerait, à l'encontre de la masse, un droit de propriété ou un privilège quelconque.

En effet, d'après les articles 553 à 557, tous les immeubles sont présumés appartenir au mari, sauf ceux que la femme possédera au jour du mariage et qui lui seront restés propres, ceux qui lui seront advenus par donation ou succession, et ceux qui auront été acquis en emploi des deniers provenant des dites successions ou donations. Pour reprendre son argenterie et ses bijoux, la femme devra prouver, par acte authentique, qu'elle les possédait au jour du contrat de mariage, ou les a acquis par succession ou donation. Tous les meubles sont censés appartenir au mari, et l'hypothèque légale que la femme a pour garantie de ses reprises ne portera que sur les immeubles appartenant au mari au jour de la célébration du mariage, si ce dernier était commerçant à l'époque du mariage, l'était devenu dans l'année, ou enfin était fils de négociant, sans avoir tou-

tefois de profession déterminée. Toute dette payée par la femme sera présumée l'être des deniers du mari, et aucune action en reprise ne pourra être exercée de ce chef, sauf la preuve contraire. Enfin, les époux ne pourront opposer aux créanciers les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage, à moins que le mari n'eût, au jour du mariage, une profession déterminée, et ne se fût livré au commerce qu'un an après son mariage.

Par ce résumé, nous voyons que le Code de 1807 avait beaucoup restreint la protection dont on s'était plu à entourer la femme depuis si longtemps, et que, par réaction, il avait sacrifié le droit des femmes aux intérêts des créanciers. Aussi, des plaintes se firent-elles entendre de tous côtés, malgré les efforts faits par la doctrine et la jurisprudence, pour adoucir les sévérités de la loi et une réforme devint nécessaire. Un projet fut présenté en 1834 et voté le 28 mai 1838. — Dans cette nouvelle loi, les droits des femmes sont réglés par les articles 557 à 564 ; c'est de leur étude que nous allons maintenant nous occuper.

Nous diviserons, en conséquence, notre travail de la façon suivante :

Dans un premier chapitre, nous étudierons les conditions d'application des restrictions apportées aux droits des femmes.

Un deuxième sera consacré aux restrictions

aux droits des femmes quant à l'exercice de ses reprises.

Nous verrons dans un troisième les restrictions aux droits de la femme quant à son hypothèque légale.

Le principal objet du quatrième sera les restrictions aux droits de la femme quant aux avantages matrimoniaux, et dans un appendice, nous examinerons les relations de l'assurance sur la vie avec nos articles.

Nous terminerons en consacrant un cinquième et dernier chapitre à un examen critique de la législation actuelle.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS D'APPLICATION DES RESTRICTIONS APPORTÉES AUX DROITS DE LA FEMME PAR LES ARTICLES 557 A 564 CODE COMM.

Il nous faut tout d'abord rechercher, avant de déterminer la nature et l'étendue des droits des femmes en matière de faillite, quelles sont les conditions qui doivent être réalisées pour que la loi commerciale leur devienne applicable. Parmi ces conditions, il en est qui sont générales et s'appliquent à toutes les restrictions qui se trouvent dans nos articles; d'autres sont spéciales et afférentes seulement à l'hypothèque légale de la femme et aux avantages matrimoniaux. Nous allons étudier successivement ces conditions d'application.

§ 1^{er}

Conditions générales.

Ces conditions sont au nombre de trois : 1° il faut que le mari soit en état de faillite; 2° il faut que la

femme ait obtenu la séparation de biens ; 3° il faut que les restrictions soient invoquées par les créanciers de la masse.

Première condition. — Il faut que le mari soit en état de faillite.

La place même donnée par le Code de commerce à la section relative aux droits des femmes indique suffisamment que cette condition est capitale, et si une disposition formelle était d'ailleurs nécessaire, nous la trouverions dans l'article 557 C. comm. qui débute par ces mots : « En cas de faillite du mari. »

Mais à quel moment la faillite sera-t-elle réputée légalement existante ? L'article 437 C. comm. déclare que « tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite », et l'article 440 du même Code s'exprime, au contraire, ainsi : « La faillite est déclarée par le jugement du tribunal de commerce. »

Du rapprochement de ces deux textes, reste incertain le point que nous avons seulement à examiner sous un de ses aspects, de savoir si la faillite n'existe qu'à partir de sa déclaration ou si, au contraire, elle prend naissance dès qu'il y a eu en fait cessation de paiements. La question est importante, comme va nous le montrer l'exemple suivant. Une saisie immobilière a été pratiquée contre un commerçant qui a suspendu ses paiements, mais dont la

faillite n'a point été encore prononcée. Un ordre a été ouvert et la femme vient produire à cet ordre, en vertu de son hypothèque légale : les créanciers du mari contestent ce droit, parce que, disent-ils, l'immeuble saisi a été acquis pendant le mariage, et que, s'agissant d'un commerçant en état de cessation de paiements, l'article 563 C. comm., qui restreint les droits des femmes sur les immeubles, doit être applicable.

Le tribunal civil pourra-t-il, faisant droit à la demande des créanciers, faire subir à la femme, qui se trouve en présence de son mari en état de cessation de paiements, les restrictions que le Code de commerce apporte à ses droits? Devra-t-il, au contraire, laisser de côté ce fait qui est pour lui inexistant, jusqu'à la déclaration du tribunal de commerce?

Dans un premier système, admis par la jurisprudence et la majorité des auteurs, on décide que l'état de cessation de paiements suffit.

L'article 437, en effet, déclare que la faillite est un état de fait, et l'article 440 vise simplement la procédure de la faillite : il doit être entendu non point en ce sens que les tribunaux de commerce auront seuls le droit de constater la faillite, mais bien qu'ils ont seuls le droit d'ordonner cet ensemble de mesures d'organisation édictées par le Code de commerce.

Outre ces arguments de textes, on ajoute que les tribunaux civils ont reçu du législateur la plénitude

de juridiction, et qu'ils ont en conséquence le droit de constater la cessation de paiements. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation de 1838, que s'il est vrai que la juridiction spéciale des tribunaux de commerce soit seule compétente pour déclarer l'ouverture de la faillite et en fixer l'époque, il appartient cependant aux tribunaux civils, investis de la plénitude de juridiction, de reconnaître, en jugeant les procès qui leur sont soumis, si la cessation de paiements, qui est le fait caractéristique de la faillite, a ou n'a pas existé et d'en appliquer les effets légaux aux contestations qui s'agissent devant eux ; les tribunaux de commerce n'ont une compétence exclusive qu'en ce qui concerne l'organisation de la faillite, la personne du failli, l'administration de ses biens, la vérification des créances. » Depuis cet arrêt, la Cour de cassation a toujours décidé que les tribunaux civils appelés à constater une cessation de paiements peuvent appliquer les restrictions des articles 557 à 564 C. comm. Et de nombreux arrêts de Cours d'appel ont été rendus dans le même sens.

(*Revue pratique*, tomes XXXI et XXXII, articles de M. Bouniceau-Gesmon. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de Droit commercial*, mot *Faillite*, n° 915. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*. — Cassation, 13 novembre 1840 ; S., 1841, I, 31. — Metz, 29 décembre 1865 ; S., 1866, 2, 280. — Lyon, 4 août 1887 ; *Gaz. Palais*, 1^{er} novembre 1887.)

On reconnaît, du reste, que l'état de faillite étant la condition à laquelle est subordonnée l'application de la loi de 1838, la cessation de paiements ne pourra être constatée en justice quand il se sera écoulé plus d'un an depuis le décès du mari, ou quand, ayant cessé d'être commerçant, il n'aura plus que des dettes civiles.

Quelles que soient les autorités nombreuses qui soutiennent ce premier système, nous estimons que les tribunaux civils ne peuvent faire subir à la femme aucune des restrictions édictées par le Code de commerce, avant que la faillite n'ait été constatée et déclarée par les tribunaux de commerce.

L'article 437, en effet, doit être complété par l'article 440 qui est formel. Cela se trouve nettement exprimé dans les paroles du rapporteur : « Le système de la Commission, en rédigeant le projet de loi, a été d'exiger pour constater la faillite ce qu'on appelle la cessation de paiements, c'est-à-dire de ne plus s'attacher à un fait isolé, tel qu'un ou deux protêts, tel même que la clôture du magasin qui pourrait tromper sur l'intention et le sens dans lequel cette circonstance aurait eu lieu, mais d'exiger un ensemble de circonstances et de laisser l'appréciation au tribunal de commerce qui, éclairé par la connaissance et les habitudes des affaires commerciales, peut prononcer, avec connaissance, sur cet ensemble de circonstances. (Renouard, *Moni-*

teur officiel du 31 janvier 1835.) En outre, l'article 635 C. comm. s'exprime ainsi : « Les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites. » Ce qui montre bien la volonté du législateur.

On nous objecte la plénitude de juridiction des tribunaux civils, qui leur permet de constater l'état de cessation de paiements : mais on doit entendre cette expression dans le sens que les tribunaux civils restent compétents pour toutes les affaires qui ne leur ont point été enlevées et l'article 440 donne, quant à nous, au tribunal de commerce seul, le droit de déclarer la faillite.

Le but du législateur a été d'éviter que les tribunaux civils et les tribunaux de commerce ayant la même compétence pussent arriver à rendre des décisions contradictoires. Or, l'unique moyen d'éviter ce conflit est de donner au tribunal de commerce seul le droit de déclarer la faillite. Sans cela, en effet, il pourrait arriver qu'une date différente fût attribuée par ces deux juridictions à la cessation de paiements. Enfin, en réglementant la faillite, on a voulu mettre tous les créanciers dans une situation égale, et si l'on admet le premier système, il se trouvera des créanciers auxquels on appliquera les règles de la faillite, d'autres qui seront soumis au droit commun, et le but cependant si louable du législateur sera manqué.

(*Revue pratique*. Demangeat, XVI, n^{os} 8 et 9. — Raulaud, *Revue critique*, 1867, page 11. — Boistel, *Cours de Droit commercial*, n^o 898. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial*, n^{os} 2647 et suivants. — Douai, 13 avril 1840; D., 1840, 2, 193. — Cass. belge, 21 février 1861, *Pancrisie*, 1861, 1, 142. — Gand, 25 novembre 1875, *Pancrisie*, 1876, 2, 90.)

Nous venons de démontrer que les articles 557 à 564 ne seront point applicables, tant que la faillite ne sera point déclarée : il importe maintenant de savoir à quel moment elle prendra fin, puisqu'à cette époque la femme rentrera sous l'application du droit commun.

On a soutenu que la faillite n'est point effacée par le concordat, même exécuté, car, loin de faire cesser l'état de faillite, il en consacre, au contraire, les résultats définitifs. La femme ne recouvrera donc la plénitude de ses droits qu'après que le failli aura été réhabilité. (Demangeat, sur Bravard, V, p. 567. — Cass., 1^{er} décembre 1858; S., 1859, 1, 113.)

Dans une seconde opinion, on décide, au contraire, qu'il suffit que le concordat ait été voté et exécuté, pour que les restrictions apportées par nos articles aux droits des femmes soient effacées. La réhabilitation, en effet, est complètement étrangère aux règlements des droits respectifs de la femme et des créanciers, et ces derniers n'ont plus à redouter les droits de la femme dès que les dividendes leur ont

été payés. Comme le dit un arrêt de la Cour de Toulouse du 7 avril 1865 (S., 1865, 2, 262), il y a lieu de faire une distinction entre les effets de la faillite qui touchent à l'ordre public et ceux qui concernent les intérêts privés : les premiers seuls, ne pouvant cesser que par la réhabilitation, les autres, cessant dès que les créanciers, par suite de l'exécution du concordat, n'ont plus de droits contre le failli.

Deuxième condition. — Il faut, pour l'application de nos articles, que le mariage soit dissous au moment de la faillite ou que la femme ait obtenu la séparation de biens.

Les dispositions de nos articles s'appliqueront certainement, si le mariage est dissous au moment de la faillite. Mais, les époux étant encore vivants, la femme qui voudra user des droits que lui laisse le Code de commerce devra-t-elle, préalablement, former une demande en séparation de biens ?

Il faut distinguer, suivant que ce sera la femme qui agira ou que ce seront ses créanciers.

Dans le premier cas, nous croyons que la femme qui voudra user de ses droits contre son mari devra demander et obtenir la séparation de biens, à moins toutefois que ses conventions matrimoniales ne lui donnent une situation identique à celle que fixerait le jugement à intervenir. L'article 444 C. comm. dispose, il est vrai, que toutes les dettes du

failli deviennent exigibles ; mais nous ne sommes point en présence d'un créancier et d'un débiteur ordinaire, puisque, le contrat de mariage continuant à subsister, le mari doit toujours être considéré comme l'administrateur des biens de sa femme. Le législateur, du reste, a pris soin de décider que certaines dettes, d'une nature toute spéciale, ne seraient exigibles que par la dissolution du mariage ou la séparation de biens. En dehors donc de ces cas, il est impossible que la femme puisse exercer des droits qui n'appartiennent qu'à son mari. La proposition législative de M. Parent, du 14 mars 1878, est venue confirmer cette solution, qui est admise par la jurisprudence et la majorité des auteurs. (Voir *Revue critique* 1879, article de M. Testoud.)

Certains auteurs, cependant (Rodière et Pont, III, n° 2106), ont soutenu que le jugement déclaratif de faillite devrait entraîner *de plano* la séparation de biens. « Comment disent ces auteurs, le mari pourrait-il conserver l'administration des biens de la femme quand il a perdu l'administration des siens propres, et à quel titre pourrait-il jouir des fruits affectés à des charges qu'il ne peut plus supporter ? » Mais cela n'est point concluant, car il est impossible d'admettre sans texte que le jugement déclaratif vienne suppléer au jugement de séparation de biens.

Ce qui vient d'être dit de la femme n'est pas également exact des créanciers. Le droit de demander

la séparation de biens est en effet un droit personnel à la femme, et en vertu de l'article 1466 C. civil, tout le monde refuse aux créanciers de cette dernière le droit de l'exercer à sa place. Les tiers cependant ne doivent pas être trompés; aussi l'article 1446 C. civil vient-il permettre aux créanciers d'exercer les droits de leur débiteur jusqu'à concurrence de ce qui leur est dû, ce qui veut dire qu'ils peuvent non point demander la séparation, mais bien agir comme si elle était prononcée. En conséquence, à leur égard et dans la limite de leurs intérêts pécuniaires, la faillite du mari sera suffisante. Il est, d'ailleurs, bien entendu, qu'agissant comme représentants de la femme ils devront subir les restrictions des articles 557 et suivants du Code de commerce.

Une demande en séparation de biens devra donc, conformément aux règles de la procédure, être intentée; mais contre qui l'action de la femme devra-t-elle être dirigée?

Sans discuter un point qui sort du cadre de notre travail, nous déciderons, avec la jurisprudence, qu'elle devra être dirigée contre le syndic, cette action nous paraissant viser surtout des intérêts pécuniaires. Nous croyons, toutefois, qu'il sera convenable que le mari soit mis en mesure d'intervenir, sans que cependant son absence de l'instance empêche le jugement de produire effet à son égard.

(Boistel, n° 913.— Lyon-Caen, note; S., 1880, 2,

17. *Revue critique*, 1881, p. 287. — Paris, 13 mars 1879; S., 1880, 2, 17. — *Contra* : Ruben de Couder, *Dict. Droit comm.*, mot *Faillite*, n° 199. — *Contra* : Massé, II, n° 1199.)

Trois questions subsidiaires nous restent à résoudre, avant de quitter cette matière.

Le syndic qui, dans l'action en séparation de biens intentée par la femme, a succombé, doit-il être condamné aux dépens?

Tout le monde reconnaît que, conformément à l'article 130 C. pr., le syndic doit être condamné, car la séparation de biens n'étant susceptible ni de transaction ni d'acquiescement, la femme est obligée d'agir judiciairement. (Cass., 23 février, 1880; P., 1880, 231.)

Mais le syndic ayant été condamné aux dépens, au profit de la femme, celle-ci va-t-elle être obligée de venir au marc le franc et se contenter d'un dividende ou, au contraire, sera-t-elle intégralement payée sur l'actif de la faillite?

En général, on fait une distinction entre le cas où le syndic s'en est remis à justice, et le cas où il a contesté la demande. Dans le premier cas, la femme ne pourrait, par privilège, obtenir les frais résultant de la séparation de biens. (Renouard, II, p. 205. — Ruben de Couder, IV, n° 726.)

La jurisprudence, toutefois, admet que, dans toutes les hypothèses, la femme devra être payée avant les

créanciers, car la partie perdante doit être condamnée aux dépens, et le syndic représente les créanciers de la masse. (Cass., 11 juin 1877; S., 1878, 1, 485. Note Lyon-Caen, sous S., 1880, 1, 17.)

Ne faut-il pas, enfin, distinguer, relativement aux frais privilégiés, si la demande en séparation a été intentée par la femme avant ou après la déclaration de faillite du mari? Un jugement du Tribunal de Mulhouse, du 15 novembre 1867 (S., 1868, 2, 55), a décidé que les dépens auxquels le syndic a été condamné à l'égard de la femme, dans une instance introduite avant la déclaration de faillite, ne doivent être considérés comme privilégiés qu'en faisant une distinction entre ceux faits dans la reprise d'instance et ceux faits avant le jugement déclaratif, ces derniers seuls devant être privilégiés. La Cour de cassation a repoussé, avec raison, croyons-nous, toute distinction par le motif que le syndic se substitue immédiatement au failli et qu'à quelque moment que les frais aient été faits ils n'en auront pas moins été nécessaires au résultat à obtenir.

Troisième condition. — Il faut que les restrictions spéciales édictées par la loi commerciale soient invoquées par les créanciers de la masse.

Pour que les restrictions de nos articles reçoivent leur application, il faut que les créanciers de la faillite y aient un intérêt. Nous avons à rechercher

quelle étendue doit être donnée à ces mots, créanciers de la faillite.

On peut supposer, par exemple, qu'un immeuble a été acheté, au cours du mariage, par le mari, et qu'avant la déclaration de faillite de ce dernier, ce même immeuble a été successivement frappé de l'hypothèque légale de la femme et d'hypothèque conventionnelle pour des sommes par hypothèse égales à sa valeur.

La question se pose de savoir si les créanciers hypothécaires auront le droit d'invoquer contre la femme l'article 563 C. comm. à l'effet de faire tomber son hypothèque légale ?

D'après certains auteurs, toutes personnes ayant intérêt seraient admises à s'en prévaloir à l'encontre de la femme.

Pour défendre cette opinion, on invoque la généralité des termes employés par cette article. Il soumet exclusivement à l'hypothèque légale de la femme les biens immobiliers possédés par le mari au jour de la célébration du mariage et ceux qui lui seront advenus depuis par donation ou succession. Cette restriction est absolue et aucune expression dans le texte ne semble autoriser à la limiter à une catégorie quelconque de personnes. Y a-t-il, du reste, dans cette manière de voir, quelque chose d'exorbitant ? Nullement. En édictant ces dispositions restrictives, le législateur a présumé avec raison que les immeubles acquis à titre onéreux par un commerçant pen-

dant le mariage l'étaient avec l'argent des créanciers et il a restreint l'hypothèque de la femme. Or, pourquoi cet immeuble n'a-t-il pas pu être acheté aussi bien avec l'argent des créanciers hypothécaires qu'avec celui des créanciers chirographaires? La situation dans les deux cas étant la même, la décision de nos articles, qui protège les uns et les autres contre la fraude que le mari a pu concerter avec sa femme, est équitable.

(Massé, II, n° 1350. — Demangeat, sur Bravard, V, p. 566. — Aubry et Rau, III, p. 233. — Nîmes, 17 juillet 1867; D., 1868, 5, 216. La Cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer.)

Nous croyons cependant préférable, pour les motifs indiqués ci-dessous, de décider que le syndic seul pourra, au nom de la masse, invoquer les dispositions restrictives de l'article 563.

1° Les articles 557 à 564 C. comm., au lieu d'avoir une portée générale, sont exceptionnels et ne sont édictés que pour le cas où il y a faillite et, par conséquent, une masse de créanciers. « L'article 563, dit M. Labbé, a pour occasion une faillite et pour objet l'intérêt des créanciers; son contenu, sa place, l'esprit général des dispositions qui l'entourent, tout le démontre; donc la masse des créanciers du failli peut seule s'en prévaloir et dès lors la nullité de l'hypothèque légale de la femme, le refus de collocation par préférence, ne peuvent être prononcés

que sur la demande et à l'avantage des créanciers chirographaires du mari tombé en faillite. »

2° On comprendrait difficilement pourquoi la loi sur la faillite viendrait au secours d'un créancier hypothécaire qui a cherché, par son hypothèque, à se placer en dehors de la faillite.

3° Nos articles se trouvent dans le chapitre VII, qui a pour titre : « Des différentes espèces de créanciers et de leurs droits dans la faillite. » Ce chapitre comprend quatre sections et, dans les trois premières, il est toujours question de la situation des créanciers privilégiés à l'égard de la masse : pourquoi en serait-il autrement dans la section quatrième ?

4° La Cour de cassation ajoute aux articles 447 et 448 C. comm. les mots « relativement à la masse », et cela par analogie avec l'article 446 du même Code. Pourquoi, par un procédé analogue d'interprétation, ne point ajouter ces mots aux articles de notre section ?

(Labbé, note sous Nancy, 27 mai 1865 ; S., 1866, 1265. — Rataud, *Revue critique* 1867, p. 3. — Boistel, n° 1024. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 3052.)

Il faut, du reste, remarquer que toutes les fois que la masse aura un intérêt à se prévaloir des restrictions que les créanciers hypothécaires opposeront aux droits de la femme, nous autoriserons ces derniers à les exercer. C'est ce qui arrivera dans l'hypothèse suivante : Un immeuble a été acheté au

cours du mariage par le mari, et, pendant l'intervalle qui s'est écoulé entre l'achat et la déclaration de faillite, il a été frappé successivement par l'hypothèque légale de la femme et par une hypothèque conventionnelle. Le créancier hypothécaire postérieur à la femme pourra-t-il lui opposer l'article 563? Il faut distinguer : A-t-il seulement hypothèque sur l'immeuble grevé de l'hypothèque légale de la femme ? il ne le pourra point. Il est, en effet, indifférent à la masse que ce soit la femme ou le créancier hypothécaire qui l'emporte. Mais si, au contraire, le créancier hypothécaire a, en outre, hypothèque sur d'autres immeubles faisant partie de la faillite, comme, dans ce cas, la masse a grand intérêt à ce que les immeubles soient affranchis de toute charge et viennent augmenter d'autant l'actif, nous permettrons au créancier hypothécaire d'invoquer l'article 563 contre la femme.

Nous venons de décider que les articles 557 à 564 n'avaient été établis par le législateur que dans l'intérêt de la masse. Avant de quitter cette partie de notre travail, nous avons encore à nous demander si le failli concordataire pourra se prévaloir, à l'encontre de la femme, des restrictions des articles précédents. La difficulté analogue à celle qui s'élève relativement aux nullités édictées par les articles 446 à 449 C. comm. provient de ce que, les restrictions aux droits de la femme étant introduites dans l'intérêt

de la masse, celle-ci n'existe plus du moment qu'il y a concordat.

La question ne se pose, du reste, que dans le cas de concordat simple, le concordat par abandon d'actif laissant subsister la masse, le syndic, et, en conséquence, le droit pour ce dernier d'invoquer les restrictions.

On doit aussi écarter l'hypothèse, qui n'offre aucun doute, où, avant la signature du concordat, un jugement faisant annuler ou restreindre certains actes aura été obtenu par le syndic agissant au nom de la masse. Dans ce cas, en effet, il est évident que les créanciers qui avaient droit au bénéfice de ce jugement auront dû stipuler des dividendes plus forts, puisque le failli allait reprendre son patrimoine augmenté par suite des restrictions que l'on a déjà fait subir aux droits de sa femme. (*Voir Alauzet, P., 1866, 1054.*)

Mais si nous supposons maintenant le concordat voté, faudra-t-il décider que toutes les restrictions aux droits de la femme doivent disparaître ?

On soutient que le failli concordataire pourra invoquer les restrictions des articles 557 à 564.

Le concordat, en effet, n'est, dit-on, rien autre chose que le contrat d'union, sauf qu'il est plus honorable pour le failli, que ce dernier remplace le syndic et qu'il est en quelque sorte subrogé aux droits de la masse, qui ne cessera d'exister que quand le dernier

dividende aura été payé. Si le failli, du reste, ne peut point user des nullités édictées, il ne pourra remplir les engagements qu'il a pris : les créanciers demanderont la résolution du concordat et l'état de faillite renaissant permettra de faire restreindre les droits de la femme.

(Cassat., 1^{er} décembre 1858 ; S., 1859, 1, 113. — Alauzet, déjà cité.)

Nous pensons, toutefois, qu'il est plus conforme à l'esprit de la loi de décider que les restrictions de nos articles ne peuvent être invoquées par le failli concordataire.

En effet :

Le failli concordataire n'est nullement dans la même position que le syndic en cas d'union. Ce dernier ne représente que les créanciers, alors que le failli étant à la tête de son patrimoine a un intérêt personnel à réclamer à son profit les bénéfices qui résulteront des restrictions édictées. De plus, comment, alors que nous venons d'admettre que la masse seule peut profiter des restrictions du Code de commerce, les articles 557 à 564 étant exceptionnels et exorbitants, pourrions-nous attribuer ce droit au failli concordataire, quand c'est lui seul qui en profitera ?

(Rataud, *Revue critique* 1867. — Cass., 30 juillet 1866 ; S., 1866, 1, 385. — Boistel, n° 1051.)

Telles sont les conditions générales d'application de nos articles.

Il faut que le mari soit en état de faillite ; que la femme ait obtenu la séparation de biens, à moins que le mariage ne soit dissous lors de la faillite ou que ses créanciers n'agissent en vertu de l'article 1446 C. civ. ; enfin, que la masse des créanciers ait intérêt à ce que ces restrictions soient appliquées. A côté de ces conditions générales, il en est d'autres qui ne se réfèrent qu'à quelques-uns de nos articles et qu'il nous faut maintenant étudier.

§ 2

Conditions spéciales d'application des articles 563 et 564 C. comm.

Aux termes des articles 563 et 564, pour qu'on puisse restreindre l'hypothèque légale de la femme ou annuler les avantages matrimoniaux qui lui sont faits, il est nécessaire que le mari ait été commerçant au jour du mariage, ou le soit devenu dans l'année qui suit cette époque, s'il n'avait pas alors de profession déterminée.

Nous allons examiner ces deux conditions, en voyant en quoi ces articles diffèrent de ceux de 1807.

Sous l'empire du Code de 1807, la femme était soumise, dans trois cas déterminés, à des restrictions relatives à son hypothèque légale ou à ses avantages matrimoniaux :

1° Quand le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage ;

2° Dans le cas où, bien qu'ayant une profession déterminée à ce moment, il était devenu commerçant un an après cette époque ;

3° Enfin, quand, n'ayant pas de profession déterminée au moment du mariage, il était fils de négociant et devenait plus tard commerçant.

Mais ces dispositions, très rigoureuses à l'égard de la femme, avaient fait l'objet de très justes critiques. On observait, avec raison, que pour que l'hypothèque légale fût soumise à des restrictions de cette nature, il aurait fallu raisonnablement que la femme eût été en état de prévoir les risques auxquels elle pouvait se trouver exposée par suite des modifications pouvant survenir éventuellement dans la situation de son mari. Or, bien qu'elle dût pouvoir envisager l'hypothèse où, dans l'année qui suit le mariage, il entreprendrait le commerce, hypothèse bien vraisemblable dans le cas où il se trouve être le fils d'un négociant, c'est avec raison cependant qu'on avait pu dire « qu'on anéantissait tous les contrats de mariage si un homme pouvait, même après un laps de temps de vingt ans, en changer les conditions par un seul acte ».

La loi de 1838 a modifié cela et nous allons voir les deux seuls cas dans lesquels désormais la femme sera soumise aux restrictions des articles 563 et 564 C. comm. :

1^o Quand le mari était commerçant, au moment du mariage.

La qualité de commerçant ne dépendra nullement de la qualification que le mari se sera donnée dans le contrat de mariage, mais seulement du fait de se livrer habituellement à des actes de commerce. (Art. 1^{er} C. comm.)

Il faudra s'en tenir à la réalité des faits, et, de même que la femme, qui voudra échapper aux restrictions édictées, devra prouver que son mari n'était point commerçant au jour du mariage, de même les créanciers, devant un contrat de mariage portant que le mari n'était point commerçant, devront prouver le contraire. (Cass., 24 janvier 1872; D., 1872, 1, 93, note.)

Mais, dans le cas où le mari aurait eu, au jour du mariage, une profession autre que celle de commerçant et même incompatible avec celle-ci, nos articles devraient-ils être appliqués? Il y a controverse : la jurisprudence, en général, décide que oui, car il importe peu qu'un individu ait en même temps une autre profession, puisque l'article 1^{er} du Code de commerce définit le commerçant « celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle ». Il a été décidé, en conséquence, que le notaire qui se livre habituellement à des actes de commerce pourra être déclaré en faillite. Cependant, certains auteurs et quelques arrêts décident la néga-

tive, car la femme, disent-ils, n'a pu croire qu'elle épousait un commerçant et s'attendre à voir ses droits restreints. Au surplus, on ne comprendrait nullement la sollicitude du législateur pour des créanciers qui font le commerce avec des personnes auxquelles cela est interdit.

(Cass., 5 juillet 1837 ; D., 1837, 1, 394. — *Contra* : Bordeaux, 10 janvier 1865 ; S., 1865, 2, 142.)

2° Quand le mari, n'ayant pas, au moment du mariage, d'autre profession déterminée, est devenu commerçant dans l'année.

Ce sera une question de fait de savoir quand il y aura profession déterminée ; cependant, comme nous nous trouvons en présence d'articles exceptionnels et que, d'un autre côté, il faut, autant que possible, que la femme en se mariant sache à quoi elle s'expose, nous pensons que, pourvu que le mari ait une profession quelconque, la femme pourra être à l'abri des restrictions des articles 563 et 564. — (*Contra* : Paris, 9 février 1867 ; D., 1868, 2, 29.)

CHAPITRE II

RESTRICTIONS AUX DROITS DE LA FEMME QUANT A L'EXERCICE DE SES REPRISES

Nous venons d'indiquer quelles conditions générales ou spéciales doivent se trouver réunies, pour que les restrictions du Code de commerce puissent être appliquées à la femme. Nous allons maintenant examiner ces restrictions en elles-mêmes et étudier quelles exceptions elles apportent au droit commun. Nous nous occuperons successivement des droits que peut faire valoir la femme considérée, d'abord, comme propriétaire et, en second lieu, comme créancière.

SECTION PREMIÈRE

DE LA FEMME CONSIDÉRÉE COMME PROPRIÉTAIRE

Le droit de propriété peut avoir pour objet, soit des immeubles, soit des meubles. Il est soumis à des règles particulières suivant qu'il a pour objet les uns

ou les autres de ces biens : il nous faut donc examiner, dans deux paragraphes distincts, les deux hypothèses.

§ 1^{er}

De la revendication des immeubles.

La faillite du mari ne porte aucune atteinte au droit de propriété de la femme. Mais, en prévision d'actes frauduleux, le Code de commerce, en matière de preuve, a soumis la femme à des règles spéciales rendant son droit beaucoup plus difficile à établir.

L'article 557 est ainsi conçu : « La femme, dont les apports en immeubles ne se trouvent pas mis en communauté, reprendra en nature lesdits immeubles et ceux qui lui seront survenus par succession ou par donation entre vifs ou testamentaire. » Il décide que tous les immeubles dont la femme aura conservé la propriété pourront être revendiqués, et il renvoie au droit commun pour déterminer quels sont les immeubles restés propres.

Il importe, toutefois, la loi commerciale établissant des solutions différentes, de distinguer les immeubles de la femme au point de vue de la cause qui les a rendus propres ; c'est pourquoi nous les diviserons en deux catégories et nous nous occuperons, en premier lieu, de ceux qui appartiennent à la femme au jour de la célébration du mariage ou qui lui

sont advenus depuis par succession ou donation, et, ensuite, de ceux qui ont été acquis pendant le mariage ou ont été subrogés à des propres.

A. — Immeubles dont la femme était propriétaire au jour de la célébration du mariage ou qui lui sont advenus, depuis, par succession ou donation.

Le but de la loi est que la femme ne puisse reprendre des biens qui auraient été acquis des deniers du mari failli ; aussi, pour ceux que leur date et leur nature mettent à l'abri de tout soupçon de fraude, ne trouve-t-on ni prohibition, ni restriction défavorable. Le même mode de preuve, en conséquence, qui est permis à la femme d'après l'article 1402 du Code civil le sera d'après la loi commerciale. Cela se comprend très bien, si l'on observe qu'il est facile de se reporter à l'origine des biens et de rendre par là toute fraude impossible.

L'article 557 ajoute une seule condition qui résulte des mots « non entrés en communauté » et qui consiste en ce que les immeubles réclamés devront toujours être demeurés propres à la femme. En conséquence, si, par l'effet d'une clause d'ameublisement ou de communauté universelle, des immeubles appartenant à la femme sont entrés en communauté, cette dernière ne pourra point, usant de la faculté de l'article 1509 C. civ., les retenir en les précomptant sur sa part. Elle sera simplement créancière-les immeubles ameublis formant, dès qu'ils sont tom-

bés dans la communauté, le gage des créanciers de la faillite, puisque les biens communs répondent des dettes du mari.

Du silence de l'article 557 il résulte encore que les immeubles possédés par la femme au jour du mariage, et dont le prix aurait été payé avec des deniers communs ou avec ceux du mari, pourront être revendiqués par la femme, sauf récompense.

Mais les créanciers de la faillite n'auront-ils pas tout au moins le droit de retenir les immeubles revendiqués jusqu'à parfait paiement par la femme de la somme fournie par la communauté ?

La solution dépend de l'opinion qu'on adoptera relativement à l'étendue du droit de rétention. Si l'on admet, avec la jurisprudence, qu'il y a lieu d'étendre par analogie le droit de rétention en dehors des cas énumérés par la loi, et que ce droit existe par cela seul que le détenteur est devenu créancier à l'occasion de la chose, on doit répondre affirmativement. Nous nous trouvons, en effet, en présence d'un *debitum cum re junctum*, le mari étant devenu créancier de la femme à raison de l'immeuble qu'il détient. Il faudrait décider de même, au cas où le mari aurait fait des dépenses nécessaires ou utiles sur les immeubles revendiqués par la femme.

Toutefois, lorsqu'il s'agira d'immeubles dotaux, la question se compliquera à cause de l'inaliénabilité. Néanmoins, nous croyons que la distinction pro-

posée par Aubry et Rau, tome V, p. 630, entre les impenses nécessaires et les impenses utiles, distinction basée sur l'article 1558 du Code civil, doit être admise. Comme ces auteurs, nous pensons que le droit de rétention sera possible pour ce qui concerne les impenses seulement nécessaires.

Si nous supposons maintenant que la femme ait stipulé dans son contrat de mariage, en même temps que l'ameublement d'un immeuble, le droit de reprendre son apport franc et quitte, même pour le cas où elle se serait personnellement engagée ou aurait été condamnée par jugement, pourra-t-elle demander l'exécution de cette clause et reprendre son immeuble en nature ?

Nous croyons que cette clause est valable à l'égard des tiers ; les époux en se mariant sous le régime de la communauté, pouvant le modifier à leur gré par certaines clauses empruntées au régime dotal. Nous exigerions cependant, comme condition, que la clause fût conçue en termes tels que les tiers qui auraient consulté le contrat de mariage ne puissent se plaindre de ce que l'intention de l'opposer n'était point clairement exprimée. (Cass., 14 juillet 1879 ; D., 1880, 1, 328. — Riom, 24 juillet 1886 ; D., 1887, 2, 252.)

La revendication sera aussi accordée à la femme, pour les biens qui lui seront advenus par donation : il importera peu, du reste, comme il a été dit en

1807, que ces biens aient été donnés par un parent ou par un étranger.

La même règle s'appliquera aux immeubles reçus par la femme par succession, sauf à prendre parti sur certaines controverses qui existent en droit civil. Il faudra notamment se demander si, à la suite d'un partage, on doit considérer comme propres à la femme tous les immeubles qui lui sont attribués ou seulement ceux qui représentent sa part immobilière de la succession.

Si, avec la jurisprudence, on admet que l'article 883 C. civ., doit être interprété dans un sens général, il faudra décider que le partage seul déterminera quels sont les immeubles propres à la femme et, en conséquence, ceux qu'elle aura le droit de revendiquer à la dissolution de la communauté. Si, au contraire, on admet que l'article 883 ne doit avoir qu'un effet relatif et qu'il règle seulement les rapports entre copartageants, on décidera que la femme ne pourra reprendre en nature que la part proportionnelle qui lui est échue dans la succession.

B. — Immeubles acquis pendant le mariage, ou subrogés à des propres.

Aussi peu la fraude était à craindre pour les biens dont l'origine était facile à constater, autant il y avait lieu de la redouter, pour ceux dont l'origine était incertaine. Aussi, le Code de commerce, dans son article 559, décide que « sous quelque régime qu'ait

été fait le mariage, hors le cas prévu par l'article 558, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses deniers, et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire ». Cette présomption légale, analogue à la présomption Mucienne, est très sage ; il eût été en effet injuste que les biens achetés avec l'argent du mari, ou plutôt avec celui des créanciers, fussent soustraits à l'actif de la faillite au moyen de titres apparents, d'où serait résultée la propriété de la femme. Comment, d'ailleurs, un créancier aurait-il pu arriver à prouver conformément au droit commun que les deniers ayant servi à l'acquisition de l'immeuble avaient été fournis par le failli ? Cela lui eût été presque impossible. Il est, au contraire, d'autant plus naturel que la femme fournisse cette preuve que, sachant qu'elle est mariée à un commerçant qui peut être déclaré en faillite, elle doit veiller avec plus d'attention à la sauvegarde de ses intérêts.

La loi commerciale a donc été prudente en édictant la présomption de l'article 559, et il nous faut maintenant rechercher comment cette présomption pourra être combattue et quelle preuve incombera à la femme.

L'article 558, qui ne fait que reproduire l'article 546 du Code de 1807, est ainsi conçu : « La femme reprendra les immeubles acquis par elle et en

son nom, des deniers provenant desdites successions et donations, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique. »

La femme pourra donc reprendre en nature les immeubles acquis avec des deniers provenant de donations ou successions, pourvu que les trois circonstances suivantes concourent :

1° Il faudra que l'acquisition ait été faite par la femme et en son nom. Toutefois, on admet que le mari pourra être considéré comme le mandataire légal de sa femme, à condition que cette dernière ait accepté l'acquisition dans un temps assez éloigné pour écarter tout soupçon de fraude. Cette acceptation restera soumise aux nullités des articles 446 et 447 du Code de commerce, au cas où elle serait intervenue dans la période marquée par ces articles ;

2° Il faudra que la déclaration d'emploi ait été expressément stipulée dans le contrat d'acquisition ;

3° Il faudra, enfin, que l'origine des deniers ait été constatée par un inventaire ou tout autre acte authentique. C'est dans cette dernière condition que consiste la dérogation principale au droit commun, car si la femme ne peut justifier de l'origine de sa propriété que par titre sous seing privé, elle ne pourra reprendre son immeuble en nature et ne sera plus considérée que comme créancière.

Le Code de commerce n'a point prévu d'autres cas où la femme puisse revendiquer. Il est évident, cependant, qu'elle pourra le faire toutes les fois qu'elle sera devenue propriétaire. Elle pourra notamment reprendre en nature : 1° les immeubles acquis en échange de ses propres ; 2° ceux acquis en remploi de ses propres aliénés ; 3° ceux devenus propres par l'effet de la subrogation ; 4° ceux enfin acquis avec ses économies. Mais quelle preuve la femme devra-t-elle fournir pour reprendre en nature les immeubles ainsi acquis ? En d'autres termes, quel sens faut-il donner aux mots « sauf la preuve contraire » de l'article 559 ?

Dans un premier système, on décide que l'article 559 doit être complété par l'article 558 et que la femme devra toujours prouver en la forme authentique l'origine des deniers. Le principe de la loi commerciale se trouve, en effet, dans l'article 558 qui décide que toute valeur dont l'origine ne sera point authentiquement constatée sera censée appartenir au mari comme ayant été acquise des deniers des créanciers. C'est par simple omission que le législateur n'a point parlé des immeubles acquis en échange ou en remploi ; il faut donc rechercher l'esprit de la loi et voir ses conséquences pratiques. Dans l'hypothèse prévue par l'article 558, le danger était de voir le mari acheter avec ses deniers personnels des immeubles et prétendre ensuite que ces

acquisitions provenaient des deniers advenus à sa femme par succession ou donation. Or, quand il s'agira du emploi de deniers provenant de ventes d'immeubles de la femme, d'un côté le danger sera tout aussi grand, de l'autre, il sera aussi facile à la femme de se procurer une preuve authentique ; dès lors, on ne voit point la raison qui aurait porté le législateur à ne point appliquer la même décision dans les deux hypothèses. Quant aux termes de l'article 559, ils se réfèrent au cas où il sera véritablement impossible à la femme de se procurer une preuve authentique, comme, par exemple, lorsque cette dernière aura acheté un immeuble avec ses économies. Ne point admettre, en effet, la preuve de droit commun dans cette dernière hypothèse, eût été vouloir rendre impossible la revendication de la femme. (Demangeat, sur Bravard, V, p. 529. — Bédarrides, *Faillite*, III, n° 1006.)

Dans un second système, et auquel nous nous rallions, admis par la majorité des auteurs et la jurisprudence, on décide que l'article 559 ne doit pas être complété par l'article 558.

En effet :

1° La première opinion ajoute à l'article 559 une disposition restrictive, alors que les termes de cet article sont généraux et qu'il est difficile d'expliquer comment deux articles successifs pourraient repro-

duire d'une manière différente une règle identique.

Il est essentiel de ne point oublier que l'article 558 apporte une dérogation au droit commun et qu'il se réfère au cas de deniers advenus à la suite de donations ou successions, ce qui implique que, pour les autres cas, l'article 559 devra être appliqué.

Enfin, le législateur a voulu s'en rapporter à la sagesse des tribunaux, et de même que dans l'hypothèse où l'origine des deniers est authentiquement constatée, ils peuvent repousser la demande de la femme, si le délai écoulé entre l'époque où cette dernière a été payée et l'époque de l'acquisition, leur paraît cacher une fraude; de même, il faut admettre qu'ils peuvent valider le remploi lorsqu'une preuve quelconque apportée par la femme leur paraît pertinente.

(Lyon-Caen et Renault, n° 3044. Cass., 1^{er} décembre 1879; D., 1880, 1, 230. — Cass., 8 novembre 1886; P., 1887, 133 et note.)

Dans un système mixte, on propose d'appliquer l'article 558 au cas d'emploi, et l'article 559 au cas d'échange, motif pris de ce que le texte du premier de ces articles ne parle que de deniers et que, d'un autre côté, dans le cas d'échange, il ne peut y avoir de fraude à redouter, puisqu'il n'y a point manquement de deniers. (Boistel, n° 1014.)

De ces différents articles, il faut rapprocher l'article 561 C. comm., qui les complète et qui est ainsi

conçu : « L'action en reprise résultant des dispositions des articles 557 et 558 ne sera exercée par la femme qu'à la charge des dettes et hypothèques dont les biens sont légalement grevés, soit que la femme s'y soit obligée volontairement, soit qu'elle y ait été condamnée. » Cet article suppose qu'une femme mariée ou bien s'est portée caution d'un engagement contracté par son mari et a affecté en garantie un de ses immeubles, ou bien qu'elle a été condamnée à exécuter son obligation et a vu ses immeubles frappés par l'hypothèque judiciaire.

Il décide que les droits ainsi acquis par les créanciers hypothécaires seront valables, et cette décision évidente n'a été maintenue en 1838 que pour faire cesser une controverse assez vive qui s'était élevée sur la portée à donner à l'ancien article 548 C. comm. Ce dernier article décidait, en termes généraux, que l'action en reprise appartenait à la femme « à la charge des dettes et hypothèques dont les biens sont grevés », d'où l'on s'était demandé, ce que certains auteurs avaient soutenu, si cet article avait apporté une dérogation à la règle de l'inaliénabilité dotale et si, désormais, le principe de cette inaliénabilité devait fléchir en cas de faillite au profit des créanciers hypothécaires. Cette opinion, toutefois, ne pouvait être sérieusement admise, car, si l'article 548 pris à la lettre pouvait laisser place au doute, il

était difficile de supposer qu'on eût voulu donner à la faillite l'effet de rendre valable une hypothèque que la femme ne pouvait consentir, alors surtout que le Code de commerce lui-même, dans son article 7, reconnaissait formellement le principe de l'inaliénabilité.

C'est pourquoi, en 1838, en reproduisant dans l'article 561 les dispositions de l'ancien article 548, on prit soin d'ajouter le mot *légalement*, ce qui a fait cesser toute discussion. Désormais donc, il est hors de doute que la femme mariée sous le régime dotal ne pourra hypothéquer valablement ses biens dotaux qu'en se conformant à l'article 1554 et suiv. C. civ. Comme cela résulte des travaux préparatoires, l'article 561 n'a été écrit que dans l'intérêt exclusif des créanciers hypothécaires. La femme aura un recours, soit, en vertu de son hypothèque légale, sur les immeubles de son mari, soit sur la masse mobilière en sa seule qualité de créancière, pour tout ce qu'elle aura payé. Il n'en serait autrement que s'il était établi qu'elle n'a contracté que dans son intérêt personnel.

§ 2

De la revendication des meubles.

Le Code de 1807 était en cette matière fort sévère, et son article 554 n'autorisait point la femme à réclamer les objets mobiliers à elle advenus par dona-

tion ou testament. Elle avait seulement le droit de reprendre « les bijoux, diamants et vaisselle qu'elle pouvait justifier, par état légalement dressé, annexé aux actes, ou par bons et loyaux inventaires, lui avoir été donnés par contrat de mariage, ou lui être advenus par succession seulement ». Mais ce texte, trop rigoureux, car il n'était point admissible de dépouiller la femme pour protéger les créanciers, avait soulevé des difficultés.

On s'était tout d'abord demandé si le droit de revendication de la femme devait être restreint aux bijoux, diamants, ou bien, au contraire, s'il ne devait point être étendu, par identité de motifs, aux autres objets mobiliers dont il était parlé dans le paragraphe premier, tels que tableaux, meubles meublants, etc. La Cour de Rouen, dans un arrêt du 25 août 1826, avait décidé que « le deuxième paragraphe de l'article 554 ne doit pas être entendu dans un sens limitatif et restrictif, mais qu'on doit, au contraire, reconnaître qu'il contient des dispositions extensives ». Pour justifier cette interprétation, on faisait remarquer que l'article 547 du Code de 1807 autorisait la femme à reprendre non seulement les immeubles, mais tous *les biens acquis*, sauf à prouver sa propriété.

En second lieu, — devait-on interpréter restrictivement les mots « par contrat de mariage ou succession seulement », ou, au contraire, ne fallait-il

pas autoriser la femme à recouvrer les objets mobiliers qui lui étaient advenus depuis le mariage à titre de donation ? Le système restrictif avait prévalu. « La donation est souvent suspecte, disait Pardessus, par la possibilité qu'a le mari de donner manuellement à un tiers qui aurait ensuite fait donation à la femme », et l'article 554 était ainsi mis en contradiction avec l'article 545, en ce sens que deux systèmes différents étaient admis relativement aux meubles et aux immeubles.

L'article 560 a fait cesser ces controverses, en décidant que désormais la femme pourra revendiquer tous les objets mobiliers qui ne seront point entrés en communauté.

Cet article, toutefois, donna lieu à une vive discussion. Plusieurs orateurs, s'appuyant sur l'autorité de Pothier (*Communauté*, n° 325), qui a soutenu que la communauté doit être rendue propriétaire de tous les biens mobiliers parce que, d'un côté, le droit de jouissance à laquelle elle a droit ne peut exister qu'avec le pouvoir d'aliéner et que, de l'autre, l'époux est aussi assuré d'avoir une créance représentant la valeur exacte des objets, soutinrent que, d'après les principes du droit civil, les meubles devenant la propriété de la communauté, la femme n'avait, à sa dissolution, qu'un droit de créance et que dès lors lui permettre, en cas de faillite, de revendiquer serait augmenter ses droits au lieu de les diminuer.

La rédaction actuelle de l'article 560 prévalut toutefois, et M. Dufaure terminait ainsi : « Nous n'avons pu vouloir que lorsqu'il était démontré que la femme était propriétaire il fût permis aux créanciers de réclamer des meubles qui n'appartenaient pas à leur débiteur et qui n'étaient pas leur gage : respect avant tout au droit de propriété, voilà ce que nous réclamons. »

Notre article autorise donc la femme à revendre tous les objets mobiliers non entrés en communauté ; mais il laisse entière la question de savoir quels meubles restent propres. On peut citer : sous le régime de la communauté légale, les meubles acquis en échange ou remploi d'un immeuble propre, les meubles détachés d'un immeuble propre, comme par exemple, les pierres extraites d'une carrière non ouverte au moment du mariage, et enfin les meubles légués ou donnés à condition d'être propres ; sous le régime de la communauté d'acquêts, tout le mobilier existant au jour du mariage ou advenu depuis par succession ou donation ; enfin, sous le régime de la communauté conventionnelle, tous les meubles que la femme aura conservés comme propres par contrat de mariage.

Il nous faut maintenant rechercher de quelle manière la femme qui voudra exercer ses reprises mobilières devra faire la preuve.

En droit civil, la jurisprudence et la majorité des

auteurs (*voir* cependant Laurent, XXII, n° 169, et Bufnoir, note, sous Palais, 1885, 196) distinguent suivant que la femme se trouvera en présence de son mari ou des créanciers de ce dernier et décident que :

Entre les époux, quand il s'agira de meubles lui appartenant au jour de la célébration du mariage, la femme pourra prouver son apport par toutes les preuves de droit commun; même quand il s'agira du mobilier échu pendant le mariage, elle pourra être autorisée à employer la preuve par commune renommée. (Combinaison des articles 1499 et 1504 C. civ.) (Requêtes, 30 juillet 1872; D., 1873, 1 241; Chambéry, 25 août 1876; D., 1880, 2, 96. — Cass., 20 avril 1884; D., 1885, 1, 312.)

Au contraire, quand il s'agira des rapports de la femme avec les créanciers de son mari, la preuve de l'apport devra être faite par acte authentique ou état en bonne forme, sans distinction aucune entre le mobilier échu avant ou pendant le mariage. (Combinaison des articles 1499 et 1510 C. civ.)

En conséquence, on décide couramment que la femme, dans ces hypothèses, devra prouver la consistance de ses apports par acte authentique ou état en bonne forme.

N'y a-t-il point cependant lieu de distinguer entre le cas où la femme se présente comme propriétaire

revendiquant ses effets mobiliers et celui où elle se présentera seulement comme créancière chirographaire ?

Dans un premier système, adopté en général par les Cours d'appel, on soutient que la femme demandant à reprendre son apport en valeur, lors même qu'elle se trouve en présence des créanciers de son mari, pourra employer tout moyen de preuve, même la commune renommée. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Dijon, que les articles 1499, 1510 C. civ., 560 C. comm., ne refusent à la femme que le droit de revendiquer en nature le mobilier à elle échu par succession lorsque l'identité des effets mobiliers n'est pas prouvée par inventaire ou titre authentique, mais qu'ils ne s'appliquent pas au cas où la femme, même celle d'un commerçant failli, n'invoque que la seule qualité de créancière en se plaçant sous l'empire des articles 1415 et 1504 C. civ., qui accordent à la femme mariée soit sous le régime de la communauté légale, soit sous le régime de la communauté d'acquêts, le droit de prouver par témoins, titres, ou papiers domestiques, la valeur des successions mobilières à elle échues pendant la communauté; — que, dans le cours du mariage, la femme est dans l'impossibilité tout au moins morale, sous peine de troubler la paix de la famille, d'exiger de son mari que celui-ci fasse constater par inventaire les forces de la succession dont elle est béné-

ficiaire, et c'est cette dépendance que la loi a reconnue en faisant, dans les articles précités, une large application des dispositions de l'article 1348, tout en respectant le droit des créanciers qui peuvent saisir le mobilier qu'ils trouvent en possession du mari. » En résumé, dans ce système, les reprises en valeur seraient exclusivement réglées par l'article 1504 C. civ., car, dit-on, le préjudice dans notre hypothèse est bien moins grave pour les créanciers que quand il s'agit de reprises en nature, la femme venant seulement en concours sur le prix produit par la vente du mobilier.

Enfin, l'article 1504 accorde à la femme, pour la preuve de ses créances, une sûreté consistant en ce qu'elle pourra prouver par témoins la valeur de son mobilier; or, de même que la femme ne porte point atteinte aux sûretés que peuvent avoir les tiers, de même il faut lui laisser les siennes.

(Angers, 26 mars 1869; D., 1869, 2, 239; Dijon, 4 février 1884; P., 1885, 196. Note M. Bufnoir.)

La Cour de cassation a décidé, au contraire, avec raison, croyons-nous, qu'il est impossible d'admettre qu'il y ait une différence entre la preuve du droit de propriété et la preuve du droit de créance et que dès lors la présomption édictée par l'article 1499 doit être une présomption *juris et de jure*. En effet, quand la femme, se trouvant en présence des créanciers, se présente comme propriétaire ou créancière,

au fond, elle prétend toujours être propriétaire ou l'avoir été. Comment comprendre dès lors que dans le cas d'une succession mobilière échue pendant le mariage, succession composée en partie de corps certains et en partie de choses se consommant par l'usage, la femme puisse, à la dissolution de la communauté, exercer ses reprises en nature et ses reprises en valeur au moyen de preuves différentes?

Enfin, rien ne justifie la distinction que la première opinion fait entre les articles 1504 et 1510 C. civ., rien n'autorise à appliquer le dernier de ces articles exclusivement au cas où la femme est créancière.

Il n'est point possible que le législateur ait permis la preuve par commune renommée contre des créanciers qui n'ont aucune faute à se reprocher, alors qu'au contraire son intention est de n'accorder ce mode de preuve que quand il y a faute de la part de celui contre lequel il permet d'en faire usage. « Attendu, dit un arrêt de cassation, que la présomption des articles 1499 à 1510 doit être appliquée rigoureusement lorsqu'elle est opposée par la femme aux créanciers du mari et spécialement en cas de faillite de ce dernier ;— qu'elle reste applicable, alors même que la femme se borne à réclamer la valeur de son mobilier au lieu de le réclamer en nature ;— qu'il s'agit, en effet, d'une présomption *juris*

et de jure, qui, lorsqu'elle est invoquée, ne peut être paralysée ni par la preuve contraire, ni par le défaut de contestation au sujet de la sincérité des actes, ni même par la reconnaissance de cette sincérité.

(Angers, 23 décembre 1875 ; D., 1876, 2, 497;— Cass., 16 janvier 1877 ; D., 1878, 1, 265; — Cass., 22 novembre 1886 ; D., 1887, 1, 113, note.)

En matière commerciale, l'article 560 n'admet la femme à revendiquer ses reprises mobilières qu'en prouvant l'origine et l'identité par inventaire ou tout autre acte authentique, et en cela il ne déroge point aux règles du Code civil. Ces actes authentiques pourront être, en matière de succession, l'inventaire dressé après le décès, à condition qu'il contienne un état détaillé des objets revendiqués; en matière de donation entre vifs, l'état estimatif annexé à l'acte de donation. Que faut-il décider du contrat de mariage ? L'état estimatif n'étant pas obligatoire, les notaires déclarent généralement, et nous partageons cette manière de voir, que l'acte de célébration du mariage vaut quittance et doit être considéré comme une preuve suffisante. Quand il s'agit de commerçants, en effet, le régime matrimonial doit être rendu public; les créanciers auront pu connaître le montant des reprises mobilières de la femme et ne traiter qu'en conséquence.

Il faut remarquer, toutefois, que les déclarations,

faites au contrat de mariage prouveront qu'un apport a été fait, mais que la femme devra justifier par tout autre acte authentique de l'identité des objets apportés au jour du mariage avec ceux existants au jour de la faillite.

Faute par la femme de prouver en la forme authentique ses apports, tous ses effets mobiliers tomberont dans le patrimoine du mari et formeront le gage de ses créanciers. Le syndic seul, avec autorisation du juge-commissaire, et cela dans un intérêt d'humanité, pourra délivrer à la femme les hardes et linges à son usage. (Art. 560 C. comm.)

Mais, de même que précédemment l'article 1499, notre article établit-il une présomption *juris et de jure* ou seulement une présomption *juris tantum*? La femme qui n'a pu exercer ses reprises en nature faute de preuve authentique, pourra-t-elle du moins venir les exercer en valeur en se servant des preuves du droit commun?

La même controverse que nous avons exposée en droit civil se reproduit en cette matière. Les uns décident que l'article 560. C. comm. édicte une présomption *juris tantum* et que la preuve pourra être faite par tout moyen quand la femme se présentera comme créancière. Ils tirent argument de l'article 563 C. comm., qui exige un acte ayant seulement date certaine quand la femme voudra bénéficier de son hypothèque légale. Ce résultat n'est que juste, ajou-

tent-ils, car d'un côté il est certain que, la femme ne produisant pas un acte authentique, le prix de ses apports aura servi à désintéresser les créanciers du mari, et que, de l'autre, on ne peut raisonnablement exiger de la femme créancière un moyen de preuve autre que celui employé par les créanciers eux-mêmes. Dans ce système, l'économie de la loi commerciale peut se résumer de la manière suivante. La femme apporte-t-elle une preuve authentique ? elle aura droit à la reprise en nature ; apporte-t-elle un acte ayant seulement date certaine ? elle aura un droit de créance garanti par son hypothèque légale ; n'apporte-t-elle enfin qu'un titre n'ayant même point date certaine ? elle subira la loi du concours comme tout créancier chirographaire. (Lyon-Caen et Renault, n° 3048, Boistel, n° 1013, Aubry et Rau, V, paragraphe 522.)

D'autres soutiennent, par les mêmes raisons que nous avons invoquées plus haut, que l'article 560 édicte une présomption *juris et de jure* qui oblige la femme à prouver dans tous les cas ses apports par acte authentique. Quant à l'article 563, il décide simplement que la femme devra prouver par acte ayant date certaine « la délivrance et le paiement » aux mains du mari des effets mobiliers apportés en dot ou advenus par donation ou succession ; il laisse toutefois entière la question de justification de l'origine même des deniers. Aussi, nous pensons que

que l'article 560 doit s'appliquer dans notre hypothèse, et que la femme est tenue de faire sa justification en la forme authentique.

L'article 560 ne parle que des objets mobiliers appartenant à la femme au jour du mariage, ou de ceux qui lui sont advenus par succession ou donation. Si nous supposons l'acquisition d'un meuble par la femme durant le mariage avec des deniers lui appartenant, ou avec le prix d'un immeuble propre aliéné à charge de remploi, quelle preuve devra-t-on exiger de la femme qui voudra revendiquer ?

La même discussion qu'en matière immobilière se produit, et il a été soutenu que, par analogie de l'article 558, la femme ne pourrait revendiquer qu'en produisant la preuve authentique de l'origine des deniers et la déclaration du remploi dans le contrat d'acquisition.

Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 1^{er} décembre 1879, a rejeté cette manière de voir et a décidé que c'est l'article 559 qui devra être appliqué, l'article 558 ne concernant que le remploi en immeubles et ne pouvant être étendu par analogie à cause de son caractère restrictif. Il est reconnu, du reste, que les tribunaux devront se montrer sévères et que, comme l'exprimait Dufaure en 1838, « s'il y a difficulté pour reconnaître l'identité, la femme seule en sera la victime et la reprise ne lui sera pas accordée ».

Il ne nous reste plus, pour terminer ce paragra-

phe, qu'à nous demander, si des expressions « pourra reprendre », employées par notre article, on doit induire le droit facultatif pour la femme soit d'exercer ses reprises en nature, soit de venir comme créancière avec la garantie de son hypothèque légale ou même sans cette garantie. Nous croyons qu'il n'est point possible de soutenir l'affirmative. Il serait en effet contraire aux intérêts de la masse que la femme pût imposer aux créanciers l'achat à un prix onéreux, à raison de l'intervalle écoulé depuis leur estimation, de meubles détériorés qu'elle ne voudrait plus reprendre.

SECTION II

DE LA FEMME CONSIDÉRÉE COMME CRÉANCIÈRE

Nous venons de voir quels sont les droits de la femme qui se prétend propriétaire, et à quelles conditions elle peut exercer sa revendication. Il était naturel que la loi s'occupât de l'hypothèse où elle réclamerait un droit de créance, les mêmes dangers de fraude, limités toutefois par le préjudice moindre causé à la masse, subsistant. La femme, en effet, peut avoir, lors de la dissolution de la communauté, à prélever la valeur d'immeubles propres qui ont été aliénés pendant le mariage sans que le remploi en ait été effectué, ou de biens qui lui étaient demeurés propres, mais dont la communauté a le

quasi-usufruit. De plus, certaines indemnités peuvent lui être dues, par suite du préjudice qu'ont pu lui occasionner certains actes de son mari.

La législation commerciale passe sous silence le droit des femmes dans toutes ces hypothèses : en principe, donc, le droit commun est applicable, et la femme d'un commerçant pourra agir en vertu des mêmes causes que la femme d'un non-commerçant.

Mais la femme créancière de la communauté exercera-t-elle ses reprises comme propriétaire ou comme créancière ? Grosse question que nous n'avons point l'intention d'exposer, puisque, après avoir séparé pendant quelques années la doctrine et la jurisprudence, elle a été résolue définitivement par un arrêt solennel de la Cour de cassation du 15 janvier 1858 (D., 1858, 1, 13).

La controverse d'ailleurs n'avait point été soulevée en droit commercial ; pendant la période de 1853 à 1858, où la Cour suprême traitait la femme comme propriétaire de ses reprises, cette même Cour n'avait pas hésité à la considérer comme créancière quand elle se présentait dans la faillite de son mari. Les raisons données étaient que, lors de la confection de la loi de 1838, tout le monde s'accordait à reconnaître la femme créancière seulement de ses reprises, et qu'en outre les articles 557 à 560 du Code de commerce étaient limitatifs dans l'énumération

des biens qui pouvaient être repris en nature. (Cass., 24 janvier 1854; S., 1854, 1, 166.)

Jusqu'ici, nous n'avons fait qu'appliquer les principes du droit civil, mais l'article 562 C. comm. vient établir contre la femme une nouvelle présomption, pour le cas où elle a payé de ses deniers une dette du mari. D'après le droit commun, en effet, c'est aux créanciers du mari à prouver que la femme a payé les dettes de son mari avec les deniers de ce dernier et non avec les siens propres; au contraire, en cas de faillite, notre article décide que les dettes que la femme prétendra avoir payées pour son mari de ses deniers personnels seront présumées l'avoir été avec ceux du mari, à moins de preuve contraire de la femme. Comme on le voit, la déclaration de la faillite du mari ne change nullement les droits de la femme quant au mode d'exercice de ses reprises; elle met seulement à sa charge la preuve du paiement par elle fait, ainsi que la justification de l'origine des deniers.

Arrivons maintenant à l'une des questions les plus importantes et les plus discutées de notre matière.

La femme, venons-nous de voir, se présentera souvent dans la faillite comme créancière chirographaire : il peut arriver que, le mari ayant été déclaré en faillite et la femme ayant obtenu postérieurement la séparation de biens, cette dernière se

trouve à la suite de la liquidation de la communauté, créancière de ses reprises et en même temps débitrice de son mari.

Dès lors, la compensation qui, en droit commun, serait applicable, pourra-t-elle cependant être invoquée, en présence de l'article 446 C. comm., ainsi conçu : « Sont nuls et sans effet, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque : tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, *compensation* ou autrement pour dettes non échues..... »

L'intérêt de la question est considérable et apparaîtra toutes les fois que les reprises de la femme ne seront point garanties ou le seront d'une façon insuffisante par l'hypothèque légale.

Tandis qu'en effet, si la compensation est impossible, la situation sera désastreuse pour la femme obligée de payer intégralement sa dette, alors qu'elle ne recevra qu'un dividende pour sa créance ; au contraire, si la compensation est possible, ce ne sera que pour l'excédent de sa créance sur sa dette que la femme ne recevra qu'un dividende.

Avant d'aborder la discussion, il nous faut rappeler le principe de l'article 446 et les exceptions qui y sont apportées. Cet article ne s'oppose nullement, pendant la période suspecte qui précède le jugement

déclaratif de faillite, à la compensation légale.

Cela a été formellement dit lors de la discussion de la loi et on comprend facilement les motifs de cette décision, le législateur n'ayant voulu que supprimer la fraude qui consisterait à rendre liquides et exigibles, en vue de la faillite, des dettes qui ne devraient point l'être encore. Au contraire, en vertu du dessaisissement établi par l'article 443 C. comm., les dettes à partir du jugement déclaratif ne pouvant remplir les conditions de l'article 1291 C. civ., la compensation même légale deviendra impossible.

En résumé, excepté le cas d'une compensation légale intervenue avant le jugement déclaratif, il faudra décider que tout débiteur devra se libérer, sauf à subir la loi du dividende s'il se trouve être créancier.

Malgré ces principes, une jurisprudence constante admet que la compensation est possible dans les hypothèses suivantes.

En premier lieu, en matière de compte courant. Un compte courant a été ouvert avant l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements et les remises ont continué sans fraude jusqu'à la déclaration de faillite. Il a été décidé que les remises seront valablement faites et que les contractants ne seront débiteurs ou créanciers que pour la différence indiquée par la balance du compte. Cette dérogation à l'article 446 se justifie, en effet, par le caractère

essentiel du compte courant qui fait qu'on ne se trouve pas en présence de deux dettes distinctes dont la compensation ne pourrait plus se faire après faillite, mais seulement de divers articles qui forment un tout indivisible et qui ne feront connaître le débiteur ou le créancier qu'au moment où la liquidation intervenant montrera en faveur de laquelle des parties se solde la balance du compte. (Cass., 20 mai 1873 ; D., 1873, 1, 409.)

Une seconde exception est apportée au même principe, quand il s'agit de cohéritiers dont l'un, ayant reçu un avancement d'hoirie, aura été déclaré en faillite postérieurement à l'ouverture de la succession. Le syndic pourra-t-il payer en dividende ce que le cohéritier doit rapporter, et exiger, au contraire, intégralement ce qui peut être dû en surplus par la succession au cohéritier qu'il représente ? On a encore décidé que le syndic devra subir une sorte de compensation et ne garder de la succession que l'excédent de la part du cohéritier failli sur le montant du rapport dont il est débiteur. En effet, le droit des cohéritiers résulte d'une cause commune, l'ouverture de la succession, qui donne naissance à des droits et obligations réciproques, et de plus, la loi voulant que l'égalité régnât entre les cohéritiers a décidé que tout avancement d'hoirie devrait être rapporté à la masse. Il faut donc que la succession se liquide comme si aucun des cohéritiers n'était en

faillite et l'article 446, qui n'a pour but, en empêchant la compensation, que d'éviter la fraude, ne peut être appliqué là où elle ne peut exister, puisque c'est indépendamment de la volonté des parties que leurs droits ont pris naissance.

(Bordeaux, 16 avril 1870 ; P., 1872, 1208 ; — Cass., 28 juin 1869 ; — D., 1871, 1, 48. Note Labbé ; S., 1879, 2, 145.)

De l'ensemble de ces décisions de la jurisprudence, l'idée qui se dégage est que toutes les fois que l'on se trouvera en présence d'un ensemble d'obligations ayant leur source dans une cause unique ou en présence d'un contrat qui, produisant des obligations réciproques, empêchera de scinder ces obligations, il faudra décider que la compensation devra s'opérer à l'encontre de l'article 446. C. comm.

Demandons-nous, dès lors, si la compensation sera possible entre les reprises et les indemnités de la femme.

Dans un premier système, on soutient que l'article 446 n'est point applicable, et que la femme d'un commerçant déclaré en faillite pourra compenser ses reprises avec les récompenses qu'elle peut devoir.

En premier lieu, dit-on, il n'est point possible d'admettre que des créances se rapportant à une même cause soient traitées différemment : une différence doit exister entre la compensation *ex eadem* et *ex*

dispari causa. Or, il est certain que les créances et les dettes qui prennent naissance avec le régime de la communauté ont une même origine. En effet, il est intervenu, entre le mari actuellement en faillite et sa femme, un contrat à titre onéreux appelé contrat de mariage duquel découlent des obligations corrélatives, et on ne peut point obliger l'une des parties à exécuter entièrement l'obligation, tandis que l'autre ne pourrait point réclamer ce dont elle serait créancière. De plus, l'art. 578 C. comm. pourrait à la rigueur présenter un argument. Il autorise le vendeur qui se trouve en présence de son acheteur tombé en faillite avant le paiement du prix à garder sa chose ou à se faire payer le prix convenu si le syndic exige la livraison; il semble fournir un exemple d'une compensation *ex eadem causa* rendue possible malgré la faillite du mari. Enfin, c'est l'équité qui commande cette solution et comment admettre que la femme, qui aurait pu, en demandant la séparation de biens avant la déclaration de faillite, rendre possible la compensation, ne puisse plus avoir le même droit alors qu'on ne peut lui reprocher que de n'avoir point voulu donner aux créanciers de son mari le signal des poursuites? (Lyon-Caen et Renault, II, p. 656, note 2. — Caen, 27 juin, 1874; Amiens, 16 mars, 1877; S., 1879, 2, 145. — Voir note de M. Labbé qui admet cette solution.)

Un deuxième système décide, au contraire, que

l'article 446 est applicable. La femme devra payer intégralement ce qu'elle doit à la communauté et pour ce qui lui sera dû, elle aura une situation identique à celle des autres créanciers.

La première opinion aboutit à rompre l'égalité entre les créanciers et dès lors l'argument tiré de l'équité ne peut être invoqué. En effet, le mari qui verra sa ruine approcher s'empressera d'augmenter le chiffre des indemnités que sa femme peut devoir à la communauté, et cela soit en améliorant ses propres, soit en payant ses dettes avec son propre argent. Il arrivera ainsi indirectement à éluder ce que l'article 446 lui refuse, et, au jour de la dissolution, la femme se trouvera jouir de la totalité de son avoir, alors que les créanciers seront obligés de subir la loi du concours. Quant au motif tiré de la différence qui doit exister entre la compensation *ex dispari* et *ex eadem causa*, cette distinction, qui a pu exister en Droit romain, mais qui a disparu avant la fin de ce Droit, n'a nullement été reproduite en Droit français et, en conséquence, elle n'est point exacte, en l'absence de texte formel. Enfin, l'article 578 C. comm., qu'on invoque en faveur de la thèse opposée, peut être expliqué par les principes mêmes de la vente.

CHAPITRE III

RESTRICTIONS AUX DROITS DE LA FEMME QUANT A SON HYPOTHÈQUE LÉGALE

Quand le mari est commerçant au moment de la célébration du mariage ou que, n'ayant aucune profession déterminée au moment de cette célébration, il l'est devenu dans l'année, l'article 563 vient restreindre l'hypothèque légale de la femme mariée. Ce sont ces restrictions que nous allons développer dans deux sections, suivant qu'elles porteront sur les immeubles soumis à l'hypothèque légale ou les créances qu'elle garantit. Auparavant, toutefois, nous nous occuperons de l'influence de la faillite sur la naissance et la conservation de l'hypothèque légale de la femme.

SECTION I

INFLUENCE DE LA FAILLITE SUR LA NAISSANCE ET LA CON-
SERVATION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME§ 1^{er}.

Influence sur la naissance de l'hypothèque.

Il nous faut rechercher si l'article 446 C. comm. peut empêcher la naissance de l'hypothèque légale de la femme. La raison de douter vient de ce que cet article ne parle point de l'hypothèque légale et qu'on se demande comment il faut interpréter ce silence.

L'ancien article 443 s'exprimait ainsi : « Nul ne peut acquérir privilège ou hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite », disposition tellement brève qu'elle devait soulever de nombreuses difficultés. N'était-il pas en effet injuste d'assimiler les causes de préférence qui résultent de la loi aux mêmes restrictions que celles qui proviennent de la volonté des parties ? Aussi, la plus grande divergence régna-t-elle sur le point de savoir s'il fallait appliquer l'article 443 dans toute sa rigueur ou, au contraire, admettre des distinctions basées sur l'équité. Les uns repoussaient toute distinction et décidaient que, l'article 443 ne distinguant point, l'hypothèque légale cons-

tituée pendant la période suspecte devait être annulée. (Lyon-Caen et Renault, II p. 723, note 1.)

La majorité des auteurs cependant apportait des atténuations à l'article 443, mais se divisait encore ; tandis que certains, faisant une distinction entre le cas où l'hypothèque légale prenait naissance à la suite d'une convention et celui où cette même hypothèque existait indépendamment de toute convention, validaient l'hypothèque légale du mineur et annulaient celle de la femme ; d'autres, au contraire, validaient toujours l'hypothèque légale de la femme, prétendant que, bien que la naissance de cette hypothèque exige le plus souvent l'existence d'une convention, cette hypothèque n'en procède pas moins de la loi.

Le législateur de 1838 a mis un terme à cette controverse, en décidant, dans l'article 446, que la nullité de plein droit n'atteindra que les hypothèques judiciaires et conventionnelles constituées pendant la période suspecte et pour dettes antérieurement contractées. Deux motifs viennent justifier cette faveur : d'une part, il est bien certain que l'hypothèque légale prend naissance en même temps que la créance, et, d'une autre, aucune entente frauduleuse n'est à redouter de la part du failli au détriment des autres créanciers.

Toutefois, le nouvel article ne devait pas trancher toutes les difficultés, car il laisse une porte ouverte

à la fraude. D'après l'article 1431 C. civ., la femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté est réputée, à l'égard de cette dernière, n'être engagée que comme caution et a droit à être indemnisée ; à cet effet, l'article 2135 C. civ. lui confère une hypothèque légale et l'article 563 C. comm. la maintient, même au cas de faillite du mari. D'autre part, il est reconnu que la femme peut subroger à son hypothèque un créancier de son mari avec lequel elle s'est engagée solidairement. En combinant ces principes, on peut se trouver en présence d'une fraude destinée à éluder les dispositions de l'article 446. C. comm. Cet article, en effet, dispose qu'aucun créancier ne peut, pendant la période suspecte, obtenir une hypothèque conventionnelle valable pour une créance préexistante, et cela à cause de l'égalité qui doit régner entre créanciers. Néanmoins, au moment même où il n'est plus permis à un créancier de transformer sa créance chirographaire en créance hypothécaire, ce même créancier va s'entendre avec son débiteur pour qu'il s'engage envers lui solidairement avec sa femme et pour que cette dernière le subroge dans l'hypothèque légale qu'elle vient ainsi d'acquérir. Désormais, il est certain que ce créancier sera payé au détriment de ses cocréanciers, car, par le fait de sa subrogation à l'hypothèque de la femme, il est dans la même situation que si lui-même avait pris hypothèque sur les biens

du mari à la date de l'obligation. Devant cette fraude fréquente, on a été amené à se demander s'il n'y aurait pas lieu de créer une règle spéciale pour l'hypothèque légale garantissant les indemnités que la femme pourra réclamer à raison de dettes contractées dans l'intérêt du mari.

1^{re} Question. — La femme qui peut transmettre par voie de subrogation son hypothèque légale a-t-elle une hypothèque efficace pour garantir l'indemnité qui lui est due à raison de son engagement avec son mari ?

2^e Question. — A supposer que la femme soit privée de son hypothèque légale, quelle doit être sa situation dans ses rapports avec le créancier envers lequel elle s'est engagée ?

Nous devons ajouter que la question ne se posera point, si le créancier subrogé prétend seulement profiter de l'hypothèque légale en tant qu'elle s'applique à la garantie des reprises matrimoniales de la femme, car aucune fraude n'est à redouter. Elle ne se poserait point, sérieusement tout au moins, dans le cas où le créancier se serait fait subroger à raison d'un engagement contracté par la femme pour une dette concomitante ; l'article 446, n'annulant que la transformation en créance hypothécaire d'une créance précédemment chirographaire et autorisant la constitution d'une hypothèque pour dettes nouvelles. Le motif de cette différence est

d'ailleurs facilement saisissable, car, dans le premier cas, l'égalité qui ne doit cesser de régner entre créanciers serait détruite, tandis que, dans le second, les créanciers n'ont aucun droit de se plaindre, puisque l'équivalent de ce qui plus tard sera réclamé par préférence est venu augmenter le patrimoine de leur débiteur. Tout au plus y aurait-il lieu de se demander ce qu'il faudrait décider au cas où une garantie hypothécaire aurait été consentie partie pour une dette antérieure, partie pour une dette nouvelle. La Cour de cassation, dans un arrêt du 9 août 1868 (D., 1869, 1, 5), a décidé, croyons-nous, avec raison, qu'on devait annuler la sûreté accordée par la femme pour la dette seulement antérieure. Cependant, certains arrêts ont décidé le contraire. (Nancy, 4 août 1860 ; D., 1860, 2, 196 ; — Poitiers, 20 avril 1886 ; D., 1886. 2, 6.)

1^{re} Question. — La femme qui peut transmettre par voie de subrogation son hypothèque a-t-elle une hypothèque légale efficace pour garantir l'indemnité qui lui est due à raison de son engagement avec son mari ?

1^{er} Système. — L'article 446 est applicable; l'hypothèque légale de la femme est nulle de droit.

En effet :

1° L'hypothèque qui est accordée à la femme pour l'indemnité de la dette qu'elle a contractée pour son mari, bien qu'elle résulte de la loi, n'en a pas moins

sa cause dans la convention des parties, et offre, à ce point de vue, le caractère d'une hypothèque conventionnelle. Ce qui démontre que cette interprétation est raisonnable, c'est que, dans notre ancien droit, on avait tout d'abord refusé à la femme une hypothèque légale dans notre hypothèse et que ce ne fut qu'à la suite de la jurisprudence constante du Parlement de Paris qu'elle fut admise, en conservant néanmoins le nom d'hypothèque irrégulière ou mixte. On doit donc, bien qu'on se trouve en présence d'une hypothèque qualifiée de légale, reconnaître qu'il y a une différence entre une hypothèque qui naît du fait de la loi et une hypothèque qui est, au contraire, la conséquence d'actes volontaires.

2° Le mari étant lui-même incapable, pendant la période suspecte, de favoriser un de ses créanciers, il lui est impossible d'autoriser valablement sa femme, qui cependant a besoin de cette autorisation, à contracter avec lui une obligation aboutissant à la constitution sur ses biens d'un droit de préférence prohibé par la loi.

3° Le législateur a voulu établir l'égalité entre tous les créanciers, et pour cela il a décidé qu'à partir d'une époque déterminée aucun ne pourrait améliorer sa position. Or, quel est le but poursuivi par le créancier subrogé ? Il sait très bien qu'il ne lui est point permis d'obtenir des garanties pour sûreté de sa créance chirographaire antérieure, et cepen-

dant il fait intervenir la femme de son débiteur afin d'obtenir cette garantie ; il va donc aboutir indirectement à ce qui lui est défendu de faire directement, et cela n'est point possible.

4° Enfin, les articles 597 et 598 C. comm. déclarent nulles à l'égard de toutes personnes les conventions desquelles résulterait « un avantage à la charge de l'actif du failli » ; or, il est certain que nous sommes dans l'hypothèse prévue par ces articles et que la masse ayant intérêt à la nullité de l'hypothèque, on ne voit point pourquoi l'hypothèque échapperait à la nullité absolue de ces articles.

(Coin-Delisle, *Revue critique* 1853, tome III. — Beudant, sous D., 1869, 1, 5. — Nancy, 4 août 1860 ; P., 1861, 813 ; — Cass., 11 décembre 1876 ; P., 1877, 1080.)

2° Système. — L'article 446 n'est point applicable : l'hypothèque légale est valable ; mais elle est annulable en cas de fraude, conformément à l'article 447 C. comm. C'est ce système qui nous paraît devoir être admis.

En effet, l'article 446 que, dans la première opinion, on prétend appliquer à l'hypothèque légale, est formel ; il ne vise et n'annule que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires : d'où il résulte que l'hypothèque légale ne peut être nulle de plein droit, les nullités étant de droit strict et ne pouvant être étendues d'un cas à un autre. Quant à l'objection tirée

de ce qu'une hypothèque constituée pour garantir l'exécution d'un acte volontaire devrait avoir l'effet d'une hypothèque conventionnelle, elle tombe devant la qualification de légale qui est donnée par la loi elle-même à l'hypothèque ainsi obtenue. L'hypothèque légale constituée dans notre hypothèse existe donc et pourra être exercée soit par la femme, soit par le créancier subrogé.

Il est certain toutefois que le fait par la femme de s'engager avec son mari à seule fin de subroger dans son hypothèque légale un créancier de ce dernier peut cacher une fraude préjudiciable aux autres créanciers, en rompant l'égalité qui ne doit cesser d'exister entre eux. C'est pourquoi l'article 447 vient au secours de la masse, en donnant aux tribunaux le pouvoir d'annuler sous certaines conditions les actes passés pendant la période suspecte. En conséquence, toutes les fois que la femme et le créancier auront eu connaissance de l'état de cessation de paiements, l'hypothèque accordée à la femme comme garantie de son recours contre son mari devra être annulée.

Sur ce dernier point, néanmoins, nous devons signaler une opinion qui soutient que la connaissance de la cessation de paiements de la part seulement du créancier serait suffisante pour pouvoir faire annuler l'hypothèque légale. L'article 447 doit s'entendre, dit-on, en ce sens qu'il n'est pas

plus permis à un créancier de se faire avantager qu'au débiteur d'avantager. Admettre le contraire, serait rendre presque impossible l'application de cet article, vu la difficulté de rapporter la preuve de la connaissance par la femme de la cessation de paiements.

(Lyon-Caen et Renault, n° 2767. — Boistel, n° 952. — Aubry et Rau, III, paragraphe 264 *ter*. — Cass., 9 décembre 1869; D., 1869, 1, 5. (Voir : note de M. Beudant). — Nancy, 19 mars, 1879; P., 1879, 563 (note de M. Ortlieb). — Cass., 27 avril 1881; P., 1881, 1025 (note de M. Labbé); — Cass., 18 avril 1887; S., 1887, 1, 173.)

On pourrait mentionner une troisième opinion, qui tendrait à écarter même l'application de l'article 447 en raisonnant de la manière suivante. Cet article ne veut rendre annulable que les actes passés par le failli lui-même pendant la période suspecte, et dans notre hypothèse ce dernier est resté complètement étranger à l'acte critiqué. C'est la femme, en effet, qui, autorisée par son mari, s'est valablement engagée; quant à l'hypothèque légale, elle est née par le fait même de la loi et indépendamment de sa volonté.

Considérés en eux-mêmes, ces principes sont certains. Toutefois, de l'examen de l'ensemble de l'opération, il résulte que, pour une femme qui n'a rien, l'unique intention de favoriser un créancier ne peut être une cause sérieuse d'obligation et que nous

nous trouvons en présence d'une fraude tombant sous l'application de l'article 447.

Deuxième question. — A supposer que la femme soit privée de son hypothèque légale, quelle doit être sa situation dans ses rapports avec le créancier envers lequel elle s'est engagée ?

La question étant résolue à l'égard de la masse des créanciers, il nous reste à nous demander si l'obligation de la femme est valable et si son créancier pourra exercer contre elle, soit son action personnelle, soit même son action hypothécaire, en supposant que la femme lui ait donné une hypothèque conventionnelle en garantie. On doit toutefois écarter les hypothèses où l'engagement aurait été entaché d'un vice tel que dol, violence, erreur, auxquels cas la nullité de l'engagement serait prononcée d'après le droit commun.

On pourrait soutenir que la femme ne reste point obligée envers son créancier et donner à l'appui de cette opinion les arguments suivants.

L'obligation de la femme est tout d'abord nulle, faute d'autorisation valable. En principe, en effet, la femme ne peut valablement s'obliger qu'autorisée par son mari; or, puisque ce dernier lui-même ne peut, pendant la période suspecte, *disposer de rien*, comment comprendre qu'il puisse valablement autoriser sa femme à contracter avec lui.

De plus, en admettant même que l'obligation de

la femme soit valable, du moment que son hypothèque légale disparaît, cette dernière doit être dégagée de son engagement. L'article 1431 C. civ. déclare que la femme qui s'est obligée solidairement envers son mari et dans l'intérêt de celui-ci est réputée n'être que caution; l'article 2135 du même Code concède à la femme une hypothèque légale à la date de son obligation pour assurer son recours contre son mari; dès lors, quand la femme, n'ayant plus le bénéfice de son hypothèque, ne sera point en mesure d'avoir un recours efficace contre son mari, elle doit être dégagée, en vertu des principes résultant du cautionnement de son engagement. En un mot, l'hypothèque de la femme n'est que la condition de son obligation personnelle. Voici comment s'exprime la Cour de Nancy dans un arrêt du 4 août 1860 : « Il est de l'essence du cautionnement que la caution puisse exercer son recours contre le débiteur principal, et ce principe s'applique d'une manière toute spéciale au cautionnement de la femme mariée qui ne contracte jamais pour son mari que sous la condition de l'indemnité que lui accorde l'article 1431, et de l'hypothèque légale que lui donne l'article 2135 pour garantir son recours contre son mari. La conséquence de ce principe doit être l'annulation des engagements pris par la femme lorsque elle est privée par l'absence de toute hypothèque légale du recours utile sur lequel elle a dû

compter et sans lequel elle ne se serait pas obligée : s'il en était autrement, la protection dont la loi entoure la femme ne serait plus pour elle qu'une illusion dangereuse qui la conduirait le plus souvent à sa ruine; la nullité de l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari doit donc entraîner aussi, par voie de conséquence, celle des obligations contractées par elle au profit d'un créancier. »

Enfin les nullités édictées par les articles 597 et 598 s'appliquent aussi bien à l'hypothèque légale qu'au cautionnement de la femme.

(Coin-Delisle, déjà cité. — Nancy, 4 août 1860; S., 1861, 2, 119; Nancy, 19 mars 1879; P., 1879, 563.)

Mais les arguments qui précèdent ne sont, à nos yeux, nullement probants, et nous pensons que la femme reste obligée envers son créancier.

L'argumentation qui consiste à dire que le mari, incapable de s'obliger pendant la période suspecte, est incapable par cela même d'autoriser sa femme à s'obliger, repose sur une erreur. Il est certain, en effet, que l'autorisation du mari, pouvant intervenir même après le jugement déclaratif, peut, à plus forte raison, intervenir pendant la période suspecte. « Il y a dans cette solution, disent Aubry et Rau, une méprise qui tient à des idées inexactes sur le caractère et les conditions de validité de l'autorisation matrimoniale : la faillite, même déclarée, n'enlève pas au mari le droit et le pouvoir de donner à la femme l'autorisation de s'obliger. »

Mais, nous dit-on encore, l'obligation de la femme est nulle parce que son hypothèque légale n'est point valable. Ici encore, nous répondrons que l'engagement contracté par la femme légalement autorisée est complètement indépendant du recours qui lui est accordé par les articles 1431 à 2135. Le premier de ces articles, en effet, s'occupe des rapports de la femme avec son mari, et non de ses rapports avec les tiers; dans l'article 2135, le législateur n'a nullement voulu garantir à la femme l'efficacité de son hypothèque légale, car, de même que le recours hypothécaire accordé à la femme ne lui sera point utile si son mari ne possède pas d'immeubles, de même, dans notre hypothèse, son hypothèque ne sera bonne que si les créanciers étant désintéressés, il reste des immeubles à son mari.

Quant à l'argument tiré des articles 597 et 598 il ne porte point, car nous ne pouvons voir, alors qu'il s'agit d'un engagement intervenu entre un créancier et la femme du failli, « l'avantage qui est à la charge de l'actif du failli ».

Il n'y a donc aucun motif légal d'annuler l'obligation de la femme. Il faut en outre remarquer que, d'une part, la solution opposée empêchera souvent le commerçant de sortir d'une situation momentanément embarrassée, et que, d'autre part, il n'y a aucune injustice à maintenir l'engagement de la femme. En effet, si elle a contracté, connaissant l'état de cessation de paiements de son mari, elle s'est engagée

à ses risques et périls sans pouvoir se plaindre plus tard de ne point avoir son hypothèque légale; — si, au contraire, elle n'a point connu l'état des affaires du mari, elle conserve son hypothèque légale. Nous croyons donc, qu'il y a lieu d'admettre le second système. (Aubry et Rau, déjà cités. — Lyon-Caen et Renault, II, p. 653, note 2.)

Nous venons de voir l'influence de la faillite sur la naissance de l'hypothèque légale de la femme, il nous reste à nous demander maintenant quelle influence elle a sur sa conservation.

§ II

Influence sur la conservation de l'hypothèque légale.

En principe, l'hypothèque légale de la femme est dispensée d'inscription et, avant la loi du 23 mars 1855, il n'y avait point lieu de se demander si l'article 448 C. comm. était applicable ou non à cette hypothèque. Mais cette loi, dans son article 8 ainsi conçu: « Si la veuve, ses héritiers ou ayants cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, son hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement », étant venue apporter une exception au principe, en limitant à une année après la dissolution du mariage la dispense d'inscription, il faut examiner dans quelle mesure et de quelle manière l'article

448 lui sera applicable. Ce dernier articles'exprime ainsi : « Les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. Néanmoins, les inscriptions prises après l'époque de la cessation de paiements ou dans les dix jours qui précèdent pourront être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif du privilège ou de l'hypothèque et celle de l'inscription. » Le législateur, en édictant cette nullité, a voulu que le débiteur ne pût conserver jusqu'au moment de la déclaration de faillite un crédit fictif, grâce à la fraude ou tout au moins à la complaisance de certains de ses créanciers. Cette nullité diffère en effet de celles des articles 446 et 447. Elle ne peut avoir lieu de plein droit et les tribunaux sont autorisés à peser les motifs qui auraient pu légitimement retarder la prise d'inscription. D'autre part, et contrairement à ce qui a lieu dans l'article 447, elle pourra être appliquée même au cas où le créancier n'aura point eu connaissance de cette cessation de paiements.

Les difficultés ne portent, d'ailleurs, que sur une partie de l'article 448. Il est certain, d'un côté, que si la faillite est intervenue avant que le délai d'un an accordé à la femme par la loi de 1855 soit écoulé, rien n'empêche la femme ou ses héritiers de prendre inscription jusqu'à l'expiration du délai. En outre,

il est non moins certain que l'expiration du délai d'un an rend impossible l'inscription de l'hypothèque légale conformément au droit commun. (Article 2146 C. civ., et 448-1° C. comm.)

Mais il y a discussion quand il s'agit d'appliquer le deuxième paragraphe de l'article 448. Dans ce paragraphe, il est dit que les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent pourront être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription. Les tribunaux pourront-ils faire application de ce paragraphe à l'inscription d'une hypothèque légale, prise pendant la période suspecte ou les dix jours précédents, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre l'inscription et la fin du délai de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855?

1^{er} Système. — L'article 448-2° est applicable à l'hypothèque légale de la femme.

Que dit, en effet, l'article 8 de la loi du 23 mars 1855? après le délai d'un an l'hypothèque légale rentre dans le droit commun et comme telle est soumise, en ce qui touche l'inscription, aux mêmes règles que l'hypothèque conventionnelle. En conséquence, l'article 448-2°, applicable à l'hypothèque conventionnelle, doit donc l'être à l'hypothèque légale. De plus, quand le jugement déclaratif vient mettre obstacle à l'inscription des hypothèques ordi-

naires, on décide que ce jugement produira le même effet à l'égard de l'hypothèque légale : on ne voit pas, dès lors, pourquoi, le premier paragraphe étant appliqué, il n'en serait point de même du second.

Le législateur a voulu éviter le danger qui peut résulter pour les tiers du retard apporté aux inscriptions hypothécaires. Il faut reconnaître qu'il est moins facile de tenir secrète une hypothèque légale qu'une hypothèque conventionnelle, mais le danger, bien qu'à un moindre degré, existe néanmoins pour les tiers qui ont pu être induits en erreur sur la solvabilité de leur débiteur, et il n'est que juste que l'on fasse supporter à la femme les conséquences de son retard.

L'article 448 parle, il est vrai, de l'acte constitutif de l'hypothèque comme point de départ du délai. Mais l'explication de cette rédaction se trouve dans le fait qu'au moment où cet article a été voté l'hypothèque légale de la femme était encore dispensée de toute inscription, et il n'y a rien d'exagéré à assimiler, d'après la loi de 1855, l'expiration de l'année courante à la date de l'acte constitutif d'hypothèque.

Les partisans de ce système se divisent, d'ailleurs, entre eux, quand il s'agit de fixer le point de départ du délai de quinzaine ; tandis que les uns font partir ce délai de l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage, d'autres, au contraire, esti-

ment que le délai d'un an, dépassant de beaucoup celui de quinzaine, l'inscription devra être prise dans le courant de l'année.

(Aubry et Rau, III, § 269;—Cass., 17 avril 1868; D., 1868, 1, 398; —Alger, 23 juin 1879; P., 1879, 839.)

2° Système. L'article 8 de la loi du 23 mars 1855 n'a apporté aucune modification à l'hypothèque légale de la femme en ce qui touche la disposition de l'article 448-2°.

En effet, le but principal de la loi de 1855 a été d'assurer la publicité des droits réels dans l'intérêt des tiers, mais elle n'a nullement voulu toucher à la nature des droits eux-mêmes. Spécialement, dans son article 8, le législateur a simplement voulu décider que l'hypothèque légale non inscrite perdrait son rang privilégié, mais il n'a point entendu que cette hypothèque pût être annulée. En conséquence, la déchéance établie par l'article 448 doit être restreinte aux hypothèques conventionnelles ou judiciaires. De plus, l'article 448 lui-même ne peut être interprété d'une façon différente. Il parle d'un délai de quinzaine écoulé entre la date de l'acte constitutif et celle de l'inscription; or, pour les hypothèques légales, il ne peut y avoir d'acte constitutif en dehors des textes de loi qui les établissent, et il est impossible de savoir le point de départ du délai de quinzaine.

Quel a été, en outre, le but qu'on s'est proposé

en édictant l'article 448 ? Empêcher les abus résultant pour les tiers des hypothèques tenues secrètes grâce à un accord entre le failli et les créanciers hypothécaires. Mais ces abus, faciles quand il s'agit d'hypothèques conventionnelles, sont, sinon impossibles, du moins très difficiles avec l'hypothèque légale, puisque rien n'est plus aisé pour un créancier que de connaître la source de l'hypothèque légale en dehors de son inscription.

Enfin, ce qui montre bien le danger de la doctrine opposée, c'est que ses partisans ne sont même pas d'accord quand il s'agit de fixer le point de départ du délai de quinzaine. (Lyon-Caen et Renault, n° 2788 ; Boistel, n° 916 et 958 ; — Caen, 18 juin 1879 ; P., 1880, 803.)

Nous connaissons les règles qui régissent la naissance et la conservation de l'hypothèque légale de la femme d'un failli.

Il nous faut maintenant étudier les dispositions qui mettent dans une situation spéciale la femme d'un commerçant : ces restrictions qui ont trait, soit aux immeubles frappés par l'hypothèque légale, soit aux créances qu'elle garantit, font l'objet de la section suivante et de deux paragraphes distincts.

SECTION II

INFLUENCE DE LA FAILLITE SUR L'ÉTENDUE DE L'HYPOTHÈQUE
LÉGALE DE LA FEMME§ 1^{er}

Restrictions quant aux immeubles soumis à cette hypothèque.

L'hypothèque légale de l'article 2121 C. civ. garantit toutes les créances de la femme et, d'après l'article 2122 du même Code, cette hypothèque porte sur tous les biens présents et à venir du mari. En matière de faillite, nous allons, au contraire, rencontrer des dispositions exceptionnelles qui créent une situation spéciale aux femmes des commerçants. Aux termes de l'article 563 C. comm., « seront seuls soumis à l'hypothèque légale de la femme les immeubles appartenant au mari à l'époque de la célébration du mariage ou qui lui seront advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire ». Par cette disposition, la loi soustrait à l'hypothèque de la femme tous les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage, motif pris de ce qu'elle présume que ces immeubles ont été achetés avec l'argent des créanciers et que, par conséquent, aucun droit de préférence ne peut être accordé à la femme à l'encontre de ces derniers.

Une limitation plus rigoureuse se trouvait dans

l'ancien article 551, qui décidait que l'hypothèque légale ne pourrait porter que sur les biens appartenant au mari au jour du mariage. On craignait que, d'un côté, les donations d'immeubles ne servissent à couvrir des acquisitions à titre onéreux faites par le mari, et de l'autre, que dans le partage d'une succession, le mari ne se fît attribuer des immeubles plutôt que des meubles.

Malgré les critiques auxquelles avait donné lieu la rigueur excessive de l'article 551, lors du premier projet du Gouvernement, ses dispositions restrictives furent maintenues. Toutefois, un premier amendement ayant été déposé, tendant à ce que l'hypothèque légale fût accordée à la femme au moins sur les biens acquis au mari par succession, l'article 882 C. civ. protégeant suffisamment les créanciers, cet amendement fut voté par la Chambre. Mais le Gouvernement, frappé du défaut de logique résultant de son premier projet, proposa de repousser la distinction primitivement adoptée entre les biens advenus par succession et ceux advenus par donation, ce qui fut accepté.

En résumé donc, depuis la réforme opérée en 1838, l'hypothèque légale de la femme porte sur les immeubles acquis par le mari depuis le mariage, soit par succession, soit par donation et sur ceux qui lui appartiennent au moment de la célébration du mariage, sans distinguer si, quand il s'agit d'immeubles

acquis à titre onéreux, le prix a été ou non payé au jour de cette célébration. Il est peu présumable, en effet, que le futur mari ait, avant le mariage, l'intention frauduleuse de soustraire les biens achetés à ses créanciers; « il eût été véritablement bizarre de mettre l'effet avant la cause et de faire subir à la femme la conséquence de cette qualité de femme mariée pour un temps où elle n'existait pas encore. » (Bravard, t. V, p. 564.)

De cette distinction proposée par l'article 563, entre l'acquisition faite avant et celle faite après le mariage, ressort tout l'intérêt qu'a la femme à faire déterminer la date exacte de l'acquisition.

C'est, en effet, à la femme qu'incombera la charge de prouver à quelle époque les immeubles sur lesquels elle veut faire porter son hypothèque sont advenus. En outre, si ces immeubles sont advenus après la célébration du mariage, elle devra prouver qu'ils sont advenus à son mari à titre gratuit et faire cette preuve selon le droit commun. Si, par exemple, nous supposons une acquisition immobilière faite par le futur mari, mais dont l'acte public n'a été passé que postérieurement à la célébration du mariage, la femme devra être autorisée à prouver que cette vente a été valablement consentie avant le mariage et qu'en conséquence l'immeuble est frappé de son hypothèque légale. Cette preuve pourra être faite même par témoins, puisqu'il a été impossible à la

femme de se procurer une preuve écrite d'un fait du mari antérieur au mariage. (Article 1348 C. civ.)

Quand il s'agit d'appliquer les principes énoncés par l'article 563 et de déterminer ce qu'il faut entendre par immeubles acquis pendant le mariage, diverses questions se présentent, dans le cas où l'immeuble acquis a subi des modifications, ou dans certains cas spéciaux, notamment de réméré et de partage. Il nous faut donc examiner quelques-unes des conséquences résultant de notre article :

1° Il est possible que le mari ait, au jour du mariage, une possession réunissant les conditions nécessaires à la prescription qui, en effet, se réalisera au cours du mariage. L'hypothèque légale de la femme frappera-t-elle cet immeuble ? La question ne saurait être douteuse, car, indépendamment de ce que le mari n'a pu acquérir cet immeuble pour soustraire à la masse une partie de son actif, on peut dire que la propriété n'existe point du jour où elle s'est accomplie, mais bien du jour où a commencé la possession, la prescription n'ayant pour effet que de consacrer légalement un état de fait ;

2° L'hypothèque légale portera aussi sur l'immeuble vendu à réméré par le mari avant le mariage et dont le réméré aura été exercé au cours du mariage. En effet, on ne peut point dire que cet im-

meuble est revenu entre les mains du mari pendant le mariage, car, en vertu de la condition résolutoire qui se réalise à la suite de l'exercice du pacte de rachat, la vente est rétroactivement effacée et la propriété n'est jamais sortie des mains du vendeur. Aucune pensée frauduleuse, du reste, ne peut exister dans le fait par le mari de manifester, bien avant son mariage, l'intention qu'il a d'exercer son droit de réméré.

3° L'hypothèque légale portera également sur l'immeuble acquis pendant le mariage par voie d'échange ou de remploi; elle serait même valable dans le cas où le mari aurait eu à payer une soulte, pourvu qu'elle fût de minime importance (Lyon-Caen et Renault, n° 3051, *in fine*).

4° Aux termes de l'article 2133 C. civ., l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, et, par amélioration, il faut entendre, par application du principe *omne quod solo ædificatur solo cedit*, les constructions nouvelles. Cet article s'applique à l'hypothèque légale de la femme; mais, en présence de l'article 563, peut-on décider que l'hypothèque légale portera sur la plus-value résultant des constructions ou améliorations? Le mari, en effet, ne va-t-il pas, en vue de sa ruine prochaine, améliorer les biens qui lui appartiennent, construire même de nouveaux immeubles, afin de nuire à ses créanciers au profit

de sa femme? Trois systèmes se trouvent en présence.

1^{er} Système. — Même au cas de faillite, l'hypothèque légale de la femme portera sur les améliorations et constructions, ni l'article 563, ni aucune autre disposition législative n'ayant dérogé à l'article 2133. (Cass., 10 juin 1885 ; D, 1886, 1, 205.)

2^e Système. — L'hypothèque portera sur les améliorations, mais non sur les constructions. La raison donnée est que le mot amélioration ne comprend point les constructions nouvelles et que, du reste, la ventilation serait trop difficile. (Boistel, n° 1022; Caen, 3 juin 1865 ; S., 1865, 2, 310.)

3^e Système. — L'article 563 déroge à l'article 2133 et l'hypothèque légale ne s'étendra ni aux améliorations, ni aux constructions. Par suite d'améliorations ou constructions, on peut distinguer deux valeurs immobilières distinctes, celle qui existait avant les travaux et ensuite la plus-value résultant de ces travaux ; or, cette plus-value n'est autre chose qu'une acquisition à titre onéreux, et cela suffit à faire écarter l'hypothèque de la femme. Il faudra donc, lors de la liquidation, procéder à une ventilation.

Toutes les fois, du reste, qu'il s'agira de réparations urgentes, nécessaires, ou encore de minime importance, il faudra laisser ces améliorations soumises à l'hypothèque légale de la femme. La charge de la preuve incombera aux créanciers, qui pourront se ser-

vir de tout moyen pour établir la plus-value. (Lyon-Caen et Renault, n° 3052; Aubry et Rau, III, p. 235; Montpellier, 29 juillet 1867; S., 1868, 2, 190.)

5° Un mari, commerçant au moment du mariage, a ameubli un de ses immeubles; il est déclaré plus tard en faillite; sa femme obtient la séparation de biens et renonce à la communauté; pourra-t-elle néanmoins exercer son hypothèque légale sur l'immeuble ameubli par son mari? Un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 1876 (P., 1876, 593, note de M. Labbé) décide que l'hypothèque de la femme frappe l'immeuble ainsi ameubli. Il fonde sa décision sur ce que, d'un côté, la clause d'ameublissement modifie simplement la composition de la communauté, sans changer en rien la nature des biens ameublés et de l'autre sur ce que, par sa renonciation à la communauté, la femme est censée n'avoir jamais été commune en biens et qu'en conséquence l'immeuble a toujours appartenu au mari.

On objecte, il est vrai, que, d'après l'article 563, la femme d'un commerçant failli semble n'avoir point hypothèque sur les immeubles de la communauté et que l'immeuble ameubli, étant un conquêt, ne doit pas, dès lors, en être grevé. A cela nous répondons que la circonstance à laquelle notre article subordonne le maintien de l'hypothèque légale, c'est la qualité de propriétaire existant chez le mari antérieurement au mariage; qu'il importe peu que

l'immeuble lui appartienne en propre ou soit conquêt et que, d'ailleurs, aucune fraude ne peut exister de sa part.

6° Les immeubles acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage ne sont point soumis à l'hypothèque légale de la femme, mais cette règle est-elle applicable aux immeubles acquis à titre onéreux et aliénés par le mari avant la déclaration de faillite ?

Cette question, bien qu'ayant donné lieu à des décisions de jurisprudence, n'offre point de difficulté et on doit admettre l'affirmative. En effet, l'article 563 est général et donne une solution unique, sans distinguer entre le cas où l'immeuble acheté par le mari existe encore dans le patrimoine de ce dernier et le cas où il en est sorti par aliénation. En outre, sans cette restriction, la masse des créanciers verrait diminuer ses droits, et nous avons précédemment vu que l'hypothèque légale de la femme doit être restreinte toutes les fois qu'il en résultera un préjudice pour la masse. Toutefois, il faudrait valider l'hypothèque de la femme, si les créanciers hypothécaires du failli avaient seuls à se plaindre de son exercice. Il est, en effet, indifférent à la masse que ce soit la femme ou le créancier hypothécaire qui l'emporte. (Nancy, 27 mai 1865 ; P., 1866, 1265, note M. Labbé.)

7° L'hypothèque légale de la femme d'un commer-

çant peut-elle grever la totalité d'un immeuble indivis, sur lequel le mari failli a acquis la part, soit de ses cohéritiers, soit de ses copartageants?

Voici la difficulté : Le mari commerçant était, à l'époque de son mariage, copropriétaire par indivis, ou l'est devenu, durant le mariage, par succession ou donation. Plus tard, il devient propriétaire de la totalité de l'immeuble indivis et tombe ensuite en faillite. On se demande si l'hypothèque de la femme affectera la totalité de l'immeuble ou seulement la part indivise qui a primitivement appartenu à son mari.

On doit écarter de la discussion le cas où le mari, étant devenu propriétaire de la totalité de l'immeuble à la suite d'un partage comprenant des valeurs mobilières et immobilières, aurait payé ses cohéritiers en valeurs de la succession.

En effet, le mari ayant payé les parts acquises avec les deniers de la succession, aucune fraude n'est à redouter et les créanciers ne peuvent se plaindre. La question se posera donc seulement lorsque le mari sera obligé de payer une soulte à ses cohéritiers et qu'il fera ce paiement autrement qu'en valeurs héréditaires. Dans cette seconde hypothèse, le mari a pu intentionnellement diminuer son actif mobilier afin d'augmenter la garantie hypothécaire de sa femme.

Premier système. — L'hypothèque légale de la

femme porte sur la totalité de l'immeuble indivis.

L'article 563 apporte une exception au caractère de généralité de l'hypothèque légale de la femme. Il décide que cette hypothèque ne portera plus sur les immeubles acquis pendant le mariage autrement que par donation ou succession, mais il ne modifie en aucune autre manière les principes généraux du droit commun et notamment l'effet déclaratif attribué par l'article 883 du Code civil au partage. En effet, le mari cohéritier, qui, en se rendant acquéreur de la totalité de l'immeuble indivis, a ainsi acquis au delà de la quantité à laquelle il avait droit dans le partage, n'en devient pas moins propriétaire de tout l'immeuble à titre d'héritier, et dès lors acquérant tout l'immeuble par succession, cet immeuble se trouve grevé de l'hypothèque légale de la femme.

Admettre, d'ailleurs, une autre solution serait injuste. Car, si à la suite du partage, la part de l'immeuble indivis, qui appartenait au mari commerçant et qui avait été frappé par l'hypothèque légale de la femme, est comprise dans le lot d'un cohéritier, l'article 883 s'appliquera incontestablement : la femme perdra la garantie qu'elle avait sur la part indivise appartenant à son mari, de telle sorte que ce dernier et conséquemment ses créanciers auront obtenu un bénéfice égal au préjudice de la femme. Il est donc juste que l'article 883 soit toujours

appliqué, aussi bien quand il est utile à la femme, que lorsqu'il lui est désavantageux.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 novembre 1869 (P., 1870, 5, note de M. Labbé), a consacré cette opinion. Elle ne pouvait faire différemment, étant donné sa jurisprudence constante relativement à l'effet absolu de l'article 883. (*Voir* sur ce dernier point: Cass., 1880 ; P. 1881, 587, et note de M. Villey.)

Dans un deuxième système, qui nous paraît beaucoup plus juridique, l'hypothèque légale ne doit porter que sur la part qui appartenait originairement au mari dans l'immeuble indivis.

Le caractère déclaratif du partage n'est que relatif, il ne concerne que les rapports des cohéritiers entre eux et ne peut être ni opposé aux tiers ni invoqué par eux. Cela résulte de l'origine historique de l'article 883. Le législateur n'a pu vouloir, en effet, que régler les rapports de cohéritiers, éviter les recours réciproques et favoriser le partage en supprimant au profit du propriétaire définitif les droits consentis par tous autres pendant la durée de l'indivision. Dès lors, la fiction de notre article est complètement étrangère au conflit qui s'élève entre la femme et les créanciers de son mari, et ce dernier devra être considéré comme ayant acheté à titre onéreux la part indivise, qui est venue s'adjoindre à celle qui déjà lui appartenait.

On nous oppose, il est vrai, l'injustice de cette solution. Mais c'est un des résultats de la faillite du mari que d'apporter des modifications dans les rapports du failli avec son conjoint, sans toucher aux relations du failli avec ses cohéritiers.

Enfin, en admettant même que le principe de l'article 883 soit absolu, la solution opposée serait encore inexacte. Toute acquisition à titre onéreux, nous dit l'article 563, est soustraite à l'hypothèque légale de la femme. Il n'y a donc pas lieu de s'occuper si un immeuble a été acquis en totalité ou pour une part indivise, car, dans les deux cas, le danger sera le même pour les créanciers, puisque le prix sera vraisemblablement payé avec les deniers qui doivent leur être affectés. (Boistel, n° 1022.)

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'admettre la distinction proposée par certains auteurs, et d'après laquelle l'hypothèque légale de la femme porterait sur la totalité de l'immeuble, toutes les fois qu'il serait advenu au mari à la suite d'un partage et lui serait refusée, au contraire, au cas d'acquisition par licitation.

Pour justifier cette opinion, on raisonne ainsi : Dans le cas de partage, dit-on, la présomption de fraude n'est point possible, le mari d'un côté ayant payé ses cohéritiers en valeurs héréditaires et, de l'autre, ses créanciers ayant le droit, en vertu de l'article 882 du Code civil, d'intervenir au partage

pour empêcher le mari de se faire lotir exclusivement en immeubles. Au contraire, dans le cas de licitation, la présomption de fraude reprend toute sa force. Il est impossible aux créanciers d'empêcher qu'un immeuble impartageable soit mis aux enchères, ni que leur débiteur, encore non failli, se porte enchérisseur. (Lyon-Caen et Renault, n° 3053. — Aubry et Rau, III, § 264 *ter*.)

§ 2

Restriction quant aux créances garanties par l'hypothèque légale.

Nous venons de voir quels sont les immeubles du mari qui sont frappés par l'hypothèque légale de la femme. L'article 563 nous indique, en outre, pour quelles créances la femme pourra invoquer son hypothèque restreinte. Aux termes de cet article, la femme aura hypothèque :

1° Pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou donation entre vifs ou testamentaire, et dont elle prouvera la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine ;

2° Pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage ;

3° Pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari.

La loi de 1838 s'est montrée beaucoup moins ri-

goureuse que le Code de 1807, en accordant à la femme hypothèque pour la restitution des deniers et effets mobiliers acquis par donation ou succession et qui n'ont pu être revendiqués. De plus, tandis que l'ancien article 554 exigeait de la femme la preuve par acte authentique, désormais elle est seulement tenue de prouver la délivrance ou le paiement des deniers ou effets mobiliers par acte ayant date certaine.

Il nous faut examiner les difficultés qui peuvent naître de l'article 563.

La femme, avons-nous dit, a hypothèque :

1° Pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou donation, et dont elle prouvera la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine.

En comparant ce paragraphe avec l'article 2135, qui contient la règle du droit commun, nous remarquons deux différences : l'une, relative à l'énumération des créances garanties ; l'autre, relative à la preuve. L'article 563-1° ne parle point tout d'abord des conventions matrimoniales, et cela résulte, comme nous le verrons plus loin, des dispositions de l'article 564 qui annule en faveur des créanciers chirographaires tous les avantages faits à la femme par son mari par contrat de mariage et, à plus forte raison, pendant le mariage.

La seconde différence est relative à la preuve que doit fournir la femme quant aux apports qu'elle fait à son mari. En droit civil, la femme n'est soumise à aucune preuve spéciale ; en matière commerciale, au contraire, au lieu de pouvoir prouver ses apports par un moyen quelconque, elle est obligée de prouver la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine. La masse des créanciers étant un tiers à l'égard de la femme, la date certaine ne pourra être que celle dont il est parlé dans l'article 1328 C. civ., et en conséquence, il faudra, soit que l'acte sous seing privé, invoqué par la femme, ait été enregistré, soit que les parties essentielles de cet acte aient été consignées dans un acte authentique, soit enfin que l'un des signataires soit décédé.

Si, maintenant, nous supposons que dans un contrat de mariage il a été stipulé que l'acte de célébration vaudra quittance de la dot, l'acte de célébration, rapproché du contrat de mariage, constitue-t-il un acte ayant date certaine dans le sens de l'article 563 ?

Le motif de douter vient de ce que la fraude est facile, car le mari qui aura l'intention de tromper ses créanciers n'exigera point le paiement de la dot.

Mais cette raison doit être repoussée, un acte ayant date certaine ne donnant point aux créanciers une garantie plus sérieuse que celle qui résulte implicitement de l'acte de célébration, puisque le mari malhonnête qui voudra favoriser sa femme au détri-

ment de ses créanciers s'empressera de produire une quittance en règle, bien que n'ayant rien reçu.

Nous pensons donc que l'on doit considérer l'acte de célébration comme ayant date certaine, l'article 563 ne soumettant la validité de la quittance à aucune forme particulière et exigeant seulement la date certaine. (Cass., 22 février 1860 ; D., 1860, 1, 181.)

L'article 1569 C. civ. décide qu'au bout de dix ans de mariage, le mari est censé avoir reçu la dot ; cette présomption n'est point applicable en cas de faillite, et la femme devra prouver le payement effectif par un acte ayant date certaine.

2° Pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage.

Pour que la femme puisse exercer son hypothèque de ce chef, elle a seulement besoin de prouver que les biens qui lui appartenaient ont été aliénés pendant le mariage, mais elle n'est point obligée de faire la preuve du versement des deniers entre les mains du mari.

3° Pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari.

Conformément au principe du droit civil et à l'article 563, la femme aura l'hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle aura contractées avec son mari, après qu'elle aura fait tomber la présomption contraire édictée par l'article 562 C. comm. Mais la

femme d'un commerçant aura-t-elle, conformément à l'article 2032-2° C. civ., droit à son hypothèque, quand, s'étant engagée en faveur de la communauté ou du mari, la dette n'aura point encore été payée au moment de la déclaration de faillite? La femme étant dans l'impossibilité de rapporter la preuve contraire exigée par l'article 562, la négative paraît s'imposer.

Si on remarque, toutefois, que d'un côté le jugement déclaratif ayant dessaisi le mari de tous ses biens, il lui a été impossible de payer de ses deniers personnels, que, d'un autre, la femme ne le peut point davantage, la présomption de l'article 562 tombe, et l'article 2032 trouve son application.

On a prétendu que la loi elle-même offrait à la femme d'un commerçant le moyen d'échapper aux restrictions de son hypothèque légale. Pour cela, la femme n'aurait qu'à demander sa séparation de biens, à faire liquider ses reprises et à prendre une hypothèque judiciaire qu'elle ferait inscrire soit avant la période suspecte, soit dans la quinzaine du jugement.

Mais nous pensons que laisser à l'hypothèque judiciaire ainsi obtenue toute son étendue serait aller à l'encontre des intentions du législateur et faciliter la fraude en permettant à la femme de s'attribuer un droit hypothécaire sur des immeubles acquis à titre onéreux, alors que la loi a voulu lui enlever ce droit.

Aussi, déciderons-nous que le syndic pourra faire annuler au nom de la masse l'hypothèque judiciaire dans les limites apportées par l'article 563 à l'hypothèque légale.

Il faut toutefois admettre une exception pour le cas où la femme séparée de corps aurait pris inscription hypothécaire pour garantir le paiement de sa pension alimentaire, car l'hypothèque n'est point alors prise comme garantie des reprises de la femme, et il est certain aussi qu'il n'y a pas eu entente frauduleuse entre les époux.

Nous venons de décider que, par un acte antérieur à la faillite, la femme ne pourrait conserver son hypothèque en dehors des termes de l'article 563. Ne pourra-t-elle pas du moins y renoncer? D'après l'article 508 du Code de commerce, les créanciers hypothécaires, inscrits ou dispensés d'inscription, qui prennent part au vote du concordat sont censés, par cela même, renoncer à leur garantie. Nous pensons que cet article est applicable à la femme, sauf, toutefois, certaines distinctions à établir. Est-elle mariée sous un régime autre que le régime dotal : la femme autorisée par son mari ou, à défaut, par justice, peut valablement voter au concordat et renoncer par là même à sa garantie hypothécaire. Est-elle, au contraire, mariée sous le régime dotal : exception faite de l'hypothèque garantissant ses créances paraphernales,

pour ceux du moins qui admettent l'inaliénabilité de la dot mobilière, sa renonciation à l'hypothèque sera de nul effet. Pour les auteurs qui rejettent cette inaliénabilité, la question se ramène à savoir si l'hypothèque est un droit réel mobilier ou immobilier, suivant qu'elle est attachée à une créance mobilière ou immobilière. Ceux qui, avec la jurisprudence, admettent dans tous les cas le caractère immobilier du droit d'hypothèque, parce que ce droit est un démembrement de la propriété ou un droit réel, *sui generis*, devront décider que la femme ne pourra renoncer à son hypothèque, les immeubles étant inaliénables sous le régime dotal.

(Pont, tome X, n° 327 et suiv. — Aubry et Rau, t. II, § 165, note 4. — Laurent, 3^e édition, t. XXX, n° 173 et suiv.)

Au contraire, ceux, beaucoup plus nombreux, qui pensent que l'hypothèque attachée à une créance mobilière emprunte le caractère mobilier de cette créance dont elle n'est qu'un accessoire, devront décider que la femme pourra valablement renoncer à sa garantie.

(Valette, *Hypoth.*, tome I, n° 124. — Demolombe, t. IX, n° 471, et suiv.)

CHAPITRE IV

RESTRICTIONS AUX DROITS DE LA FEMME QUANT AUX AVANTAGES MATRIMONIAUX

Quand le mari est commerçant au jour du mariage ou quand, n'ayant point à ce moment de profession déterminée, il l'est devenu dans l'année, l'article 564 C. comm. refuse à la femme le droit d'exercer, dans la faillite, aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage. Cet article reproduit, avec moins de rigueur, les articles 549 et 552 du Code de 1807, qui avaient été l'objet de vives discussions. On avait fait observer, au sein du Tribunat, que les dispositions de ces articles tendaient, pour ainsi dire, à mettre en interdit toutes les classes de commerçants en les privant de la faculté qu'ont les autres citoyens de faire par contrat de mariage des avantages à leurs épouses, et en enlevant à celles-ci la possibilité de recevoir ces avantages d'une manière assurée. Et pourtant, ajoutait-on, ces rigueurs ne sont rien moins que justifiées :

peut-on admettre, en effet, qu'un négociant, dont les affaires sont prospères, ne puisse pas assurer à la femme, dont il a tout intérêt à rechercher l'union, des avantages assurés? Et par quel motif pourrait-on légitimer cette sorte de confiscation dont la femme se trouve victime, lorsqu'on la dépouille, à l'heure où les affaires du mari sont mauvaises, du bénéfice des dispositions contractuelles sur lesquelles elle avait le droit de compter? L'intérêt des créanciers est insuffisant à justifier une mesure aussi inique qui lèse gravement d'aussi légitimes et d'aussi respectables intérêts. (Locré, VII, p. 118.)

Aussi, la rédaction suivante fut-elle proposée par le Tribunal: « La femme ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage, que sur les immeubles existant au jour du mariage et spécialement affectés à leur garantie. » De cette manière, une distinction était faite entre les droits acquis et ceux qui n'étaient qu'éventuels, les premiers portant sur les biens actuels du mari, les seconds sur les biens qu'il laisserait à sa mort. Toutefois, en présence des critiques de Treilhard, devant la perspective de libéralités scandaleuses que ne manquerait jamais de faire le futur à la future, au grand préjudice des créanciers, si on laissait au commerçant une liberté absolue de disposer à titre gratuit, par son contrat de mariage, la distinction que nous venons d'indiquer fut aban-

donnée comme insuffisante et l'on en revint au projet primitif.

En 1838, on s'est contenté, tout en reproduisant presque mot à mot l'ancien article 549, d'affranchir désormais de l'application de l'art. 563 C. comm. toutes les femmes mariées dont le mari n'était point commerçant au jour de la célébration du mariage, à moins toutefois que celui-ci, n'ayant pas de profession déterminée, eût entrepris le commerce dans l'année qui suivrait son mariage.

Les motifs qui ont fait édicter la disposition contenue dans l'article 564 du Code de commerce doivent le faire appliquer de la façon la plus extensive : ainsi, ce ne sont pas seulement les donations faites par contrat de mariage, mais encore les donations faites pendant le cours du mariage qui devront être régies par ses dispositions. Ce qu'a voulu, en effet, le législateur, c'est éviter la fraude ; or il est manifeste que les donations faites au cours du mariage seraient le plus souvent inspirées par le désir de frauder les créanciers.

Le législateur, en même temps qu'il annule, au détriment de la femme, les avantages qui lui ont été accordés par son mari, par réciprocité, refuse aux créanciers du mari le droit d'exercer aucune action relativement aux donations faites par la femme en faveur de son mari. Cette seconde disposition doit re-

cevoir une application aussi large que la précédente.

(Bedarrides, tome III, p. 126. — Cass., 2 mars 1881, S., 1881, 1, 145, note M. Labbé. — *Contra*, Massé, *Droit comm.*, tome II, p. 469.)

APPENDICE

DÉ L'ASSURANCE SUR LA VIE COMBINÉE AVEC LES ARTICLES 559 ET 564 DU CODE DE COMMERCE

Le contrat d'assurance en cas de décès, qui s'est introduit dans la pratique des affaires sans aucune intervention du législateur, peut être défini : un contrat par lequel une société s'engage à payer un capital déterminé à la personne au profit de laquelle l'assurance est faite, et ce, moyennant la promesse, soit d'une somme fixe payable de suite, soit de prestations périodiques appelées primes, devant cesser au décès de l'assuré ou à une époque antérieure. La compagnie prend le nom d'assureur, celui qui paye la prime s'appelle l'assuré, enfin, celui qui, au décès de l'assuré, doit toucher le capital, prend le nom de tiers bénéficiaire.

La légalité de ce contrat, longtemps mise en question, n'est plus aujourd'hui contestée ni en doctrine, ni en jurisprudence, et quelques actes législatifs, sans en réglementer ni en déterminer d'une

façon précise les conséquences, ont fini par désarmer les adversaires de ce contrat. (Loi du 5 juin 1850, art. 37 ; loi du 24 juillet 1867, art. 66 ; loi du 11 juillet 1868 ; loi des 21-23 juin 1875, art. 6.)

Malheureusement, ce premier point admis, de nombreuses controverses subsistent encore sur le point de savoir quelle est la nature de l'assurance en cas de décès et son but exact.

On a d'abord soutenu, dans un premier système, adopté par la majorité des auteurs et consacré par des décisions de jurisprudence, que l'assurance en cas de décès est un contrat d'indemnité soumis à toutes les règles qui régissent les assurances terrestres et maritimes. Dès lors, devra être déclarée nulle toute assurance dans laquelle le bénéficiaire n'aura aucun intérêt pécuniaire à la conservation de l'assuré, ou n'éprouvera aucun dommage au décès. Toutefois, s'inspirant d'un avis du Conseil d'État de 1818, qui décide « qu'il ne doit pas être permis d'assurer sur la vie d'autrui sans son consentement », la jurisprudence a décidé que pour qu'il y ait assurance valable, il suffit du consentement donné à l'opération par l'assuré.

(Ruben de Couder, *Dict. ind. et comm.*, mot *Assurance sur la vie*. — Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 327, note 1. — Cass., 14 décembre 1853 ; P.1854-177. — Cass., 14 janvier 1880 ; S., 1880, 1, 441.)

Dans une seconde opinion, on prétend que nous

sommes en présence d'un contrat de capitalisation : la somme assurée représente non pas le préjudice causé par la mort de l'assuré, mais bien le capital qui aurait pu être réalisé en plaçant à intérêts composés la prime unique ou les primes annuelles versées par l'assuré. Dès lors, il est inutile que le bénéficiaire justifie d'un intérêt, lui seul est juge.

(Rapport de M. Léveillé sur les mémoires présentés au concours de doctorat, 1869. — Herbault, *Traité des assurances sur la vie.*)

Enfin, une théorie mixte est proposée par M. Labbé (S., 1880, 1, 441) en ces termes : « L'assurance est un contrat susceptible de deux formes, soit promesse d'indemnité calculée exactement sur une perte subie, soit promesse d'un capital, évaluation faite à forfait du dommage éventuel, et, si l'assurance sur la vie offre plus habituellement la seconde de ces deux formes, elle ne diffère pas essentiellement de tout contrat d'assurance maritime ou terrestre. »

La relation qui existe entre le contrat d'assurance et la question du droit de la femme en cas de faillite du mari est facile à apercevoir. Quand, par une mesure de prévoyance, le mari, pendant les jours prospères, a assuré sa femme, voulant lui laisser, au jour de son décès, une situation de fortune convenable, l'on doit se demander, au moment où survient la faillite, si la femme a le droit de bénéficier du capital restituable par l'assureur, ou bien si les créanciers

ne peuvent pas légitimement prétendre que ce capital doit être remboursé à la masse.

L'assurance contractée constitue-t-elle une véritable libéralité au profit de la femme ? Il y aura lieu d'appliquer l'article 564 C. comm. et de décider que cette libéralité doit revenir à la masse.

Cette assurance peut-elle, au contraire, être assimilée à une acquisition à titre onéreux ? On devra présumer, conformément à l'article 559 C. comm., que ce sont les deniers du mari qui ont servi à payer les primes et que la masse peut, en conséquence, toucher le capital de l'assurance, à moins que la femme, détruisant la présomption légale, n'établisse que les primes ont été payées avec ses propres deniers.

L'accord est loin d'être fait sur ce point entre les auteurs, et les controverses sont très vives : nous allons signaler les principales opinions qui ont été soutenues et indiquer celle qui, à notre avis, paraît devoir être suivie.

Envisagée dans les rapports de l'assuré avec l'assureur, tout le monde reconnaît que l'opération présente les caractères d'un contrat à titre onéreux contenant échange de prestations réciproques et aussi un contrat à titre aléatoire, puisque la combinaison sera d'autant plus avantageuse pour l'assureur que l'assuré vivra plus longtemps et sera, par conséquent, plus longtemps assujetti au paiement des primes.

Mais la difficulté apparaît quand on considère le

contrat dans les rapports du mari avec sa femme. Faut-il y voir une véritable libéralité, faut-il au contraire y voir une gestion d'affaires ?

Dans une première théorie, on a raisonné ainsi : « Le contrat d'assurance sur la vie, a-t-on dit, contient en réalité deux contrats qui doivent être soigneusement distingués : d'abord, un premier contrat entre le contractant et la compagnie d'assurance, contrat synallagmatique et aléatoire. Le contractant s'engage à payer, jusqu'à son décès, une certaine prime à la Compagnie qui lui promet de payer, à la même époque, une somme convenue au bénéficiaire désigné. En deuxième lieu, il y a un contrat à titre gratuit entre l'assuré et le tiers recueillant le bénéfice de l'assurance sans en avoir promis l'équivalent. En un mot, nous avons une stipulation faite par l'assuré pour lui-même et une libéralité faite à un tiers comme condition de la première stipulation. Or, que dit l'article 1121 ? Qu'on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. » (Herbault, *Traité des assurances sur la vie*, p. 182.)

Il faudra appliquer à cette stipulation toutes les règles applicables aux stipulations pour autrui, et par conséquent décider : 1° que l'offre de libéralité ne deviendra définitive que par l'acceptation du tiers ;

2° Que, d'une part, le décès du stipulant rendra l'offre irrévocable, et que, d'autre part, l'acceptation

du tiers après le décès rétroagira jusqu'au jour de la stipulation;

3° Qu'enfin, cette offre constitue une libéralité indirecte, comme telle dispensée des formes solennelles des articles 931 et 932 du Code civil. (Art. 1121 combiné avec art. 1973.)

(Aubry et Rau, tome IV, § 343 *ter.* — Ruben de Couder. *Dict. ind. et comm.*, mot *Assurance sur la vie.* — Cass., 5 novembre 1818; S., 1819, 1, 251. — Paris, 5 avril 1867; S., 1867, 2, 249. — Cass., 27 février, 1884; S., 1886, 1, 422. — Cass., 16 janvier, 6, 8 février, 27 mars 1888; P., 1888, 281, note.)

D'autres auteurs voient dans le fait par le mari de stipuler d'une Compagnie au profit de sa femme le paiement d'un capital exigible au jour de son décès un véritable contrat de gestion d'affaires : ce n'est qu'accessoirement que serait faite à la femme l'offre de donation des primes payées. Il faut faire, dit M. Labbé (note, S., 1877, 1, 393; S., 1885, 1, 5), du tiers appelé au bénéfice du contrat le véritable assuré et faire du stipulant un gérant d'affaires. Alors, l'adhésion qu'exprime le tiers est une ratification qui rétroagit au jour du mariage. Le tiers qui a ratifié est créancier direct de l'assurance comme s'il avait contracté lui-même.

Dans cette conception de l'assurance pour autrui, l'adhésion du tiers peut intervenir valablement après la mort du stipulant; c'est la règle de la ratification

en matière de gestion d'affaires. Cela est sans inconvénient, parce que le gérant d'affaires ne peut pas révoquer la proposition qu'il a faite au tiers de profiter de l'assurance. Il a parlé au nom d'autrui, il ne peut pas, par un changement de volonté, mettre obstacle à la ratification. Il n'a donc pas la disposition du capital de l'assurance. Mais cette manière de voir n'en est pas moins une donation ; ce qui est donné, c'est non pas le capital assuré, mais le montant des primes payées par le stipulant. La modification du contrat d'assurance par le tiers entraîne acceptation de cette libéralité provisoire.

(Nancy, 21 janvier 1882 ; D., 1882, 2, 174. — *Contrà*, note de M. Levillain ; D., 1879, 2, 25.)

En résumé, deux systèmes principaux. Les uns appliquent au contrat d'assurance le principe de la stipulation pour autrui. (Art. 1121 C. civ.) Le mari acquiert d'abord pour lui et transmet ensuite à sa femme à titre de donation.

Les autres, au contraire, estiment que le mari n'a été que le gérant d'affaires de sa femme, et que, dès lors, cette dernière est devenue créancière directe de l'assurance et ne doit être considérée que comme donataire des primes payées par le mari.

Que faudra-t-il décider si, le jour où la femme est appelée à toucher de la compagnie le capital de l'assurance, son mari se trouve en état de faillite ? Ce capital devra-t-il être conservé à la femme ou bien

viendra-t-il augmenter le gage des créanciers du mari ?

Les partisans du premier système décident presque universellement que l'art. 564 C. comm. doit être applicable et être seul applicable. En effet, le capital assuré constituant une donation, puisque la femme le tient de seconde main, cette libéralité, qui aurait appartenu en totalité à la femme si son mari n'avait point fait de mauvaises affaires, doit revenir à la faillite. Quant à l'art. 559 C. comm., il est inapplicable, puisqu'il est impossible que la femme ait pu acquérir à titre onéreux ce capital qu'elle a reçu de son mari à titre de donation (Paris, 1 août 1879; S., 1880, 2, 249, note M. Labbé.— Caen, 6 décembre 1881; *Journ. des assurances* 1882, p. 55. — Trib. Seine, 15 juillet 1884, *Journ. assurances*, 1885, p. 32. — Alger, 9 juin 1885, *Journ. ass.*, 1886, 580. — Paris, 5 mars 1885, *Journ. ass.*, 1886, 166.)

Le second système, au contraire, admet que la femme devenant créancière directe de l'assureur, grâce à la rétroactivité de l'acceptation, la masse des créanciers n'a aucun droit à une valeur que le mari commerçant n'a jamais eue dans son patrimoine ; seulement, comme il y a un élément de libéralité, l'art. 564 C. comm. sera applicable, mais ne le sera qu'à ce qui a pu faire l'objet d'une donation, c'est-à-dire aux primes totalisées. (Cass., Ch. civ., 22 février 1888. P. 1888, 297.)

Quant à l'article 559 C. comm., qui devrait être applicable au capital assuré, puisqu'il s'agit de valeur acquise avec les deniers du mari, on repousse son application, en faisant remarquer que le législateur de 1807 n'a nullement prévu le contrat d'assurances sur la vie et a voulu seulement empêcher la fraude qui aurait consisté à appauvrir le mari au profit de sa femme. Or, le prélèvement des primes sur le revenu présente ce double caractère qu'il est exclusif de toute pensée de fraude puisqu'on suppose l'assurance contractée à une époque où les affaires du mari étaient prospères et qu'on ne diminue pas son patrimoine par le paiement des primes, comme cela aurait lieu si l'on procédait à une acquisition.

« La femme doit-elle abandonner à la masse tout le capital assuré ou rendre seulement le montant des primes acquittées ? D'après l'article 559 C. comm., ce qui doit être compris dans la faillite c'est le bien acheté, le bien reçu en échange. L'analogie semble nous commander de dire, la femme doit, dans notre espèce, laisser tomber dans l'actif de la faillite le capital de l'assurance et non se l'approprier, déduction faite du montant des primes qui devront être restituées à la masse. Nous croyons que cette décision renferme une erreur. La restitution à la masse des primes payées par le mari, non seulement donne aux créanciers une complète satisfaction, mais encore leur procure presque toujours un émolument inat-

tendu, car le mari se trouve avoir économisé au profit des créanciers des revenus qu'il aurait pu dépenser, consommer, sans s'exposer à aucune poursuite, à aucun reproche légal. Assurément, il serait injuste que la veuve conservât en entier le bénéfice de l'assurance dont les primes ont été puisées dans la caisse du mari commerçant. Mais serait-il juste que les créanciers profitassent de ce que dans cette opération aléatoire les chances ont tourné contre la Compagnie d'assurances? Non, la prévoyance affectueuse du mari pour sa femme étant légitime ne doit pas être inefficace. Les créanciers ne sauraient prétendre réclamer au delà de ce qui a été pris sur l'actif formant leur gage. » *loc. cit.*, (Labbé. — Ruben de Couder, *Dict.* n° 101. — Tr. Clermont-Ferrand, 24 mai 1886, *Journ. ass.*, 1886, 547. Tr. — Bar-sur-Seine, 13 juillet 1886, *Journ. ass.*, 1886, 529.)

Mais dans une opinion récemment consacrée par deux arrêts, de la Cour de Besançon, du 2 mars 1887 (D., 1888, 2, 1, note Thaller) et de la Cour d'Aix, du 24 mars 1886 (P. 1887, 1112), et par un arrêt de la Cour de cassation du 22 février 1888 (P., 1888, 297), on décide que, le contrat ne s'étant point formé durant le mariage, il n'y a pas acquisition au nom de la femme au cours du mariage, et que dès lors l'art. 559 du Code de commerce n'est nullement applicable : « Attendu, dit l'arrêt de Besançon, que la créance contre la compagnie n'a

jamais été dans le patrimoine du mari ; qu'elle n'a pris naissance que par l'événement prévu, c'est-à-dire le décès du stipulant et au profit de la femme qui l'exerce en vertu d'un droit qui lui est personnel ; que le mari ne pouvait en tirer aucun avantage ni en disposer et qu'il pouvait seulement en annuler les effets en cessant d'acquitter les primes annuelles. » — « Attendu, dit la Chambre civile, que les articles 559 et 564 C. comm. ne sauraient s'appliquer à une assurance sur la vie contractée directement au profit de la femme du failli et n'ayant jamais fait parti du patrimoine de l'assuré ; que l'avantage ainsi créé par l'assuré au profit de sa femme n'appartient pas plus aux créanciers de l'assuré qu'à l'assuré lui-même, sauf le droit d'exiger suivant les circonstances la restitution des primes payées par l'assuré sur ses fonds personnels. »

Pour nous, tout en souhaitant, en présence de ces nombreuses divergences, une intervention du législateur, nous croyons que si la jurisprudence veut appliquer dans tous les cas la doctrine de la gestion d'affaires, elle sera obligée de revenir sur ses précédentes décisions, qui permettaient à l'assuré de substituer un autre bénéficiaire à celui qui était précédemment inscrit dans la police ; car les principes certains de la gestion d'affaires refusent au gérant de se rétracter une fois l'opération commencée pour le bénéficiaire. (Cass.. 7 janvier 1888 ;

P., 1888, 291.) La solution émise par le dernier arrêt de la Cour de cassation n'étant point applicable dans toutes les hypothèses, ne peut dès lors être admise. A notre avis, le contrat d'assurance sur la vie ne peut être qu'un contrat principal à titre onéreux, suivi d'un contrat accessoire de donation : en conséquence, le bénéfice de l'assurance contractée au profit de la femme doit, au cas de faillite du mari et conformément à l'art. 564 C. comm., faire retour aux créanciers.

Nous connaissons maintenant les droits des femmes dans la faillite. Nous avons vu que, placé entre les droits contraires des créanciers et de la femme, le législateur de 1807 et 1838 a traité, à l'encontre des principes ordinaires du droit commun, la femme avec rigueur. Il a présumé partout l'existence de la fraude et, pour atténuer les pertes subies par les créanciers, a restreint le droit de la femme. En effet, son hypothèque légale est restreinte ou supprimée, la preuve de ses créances doit être plus complète, enfin les avantages matrimoniaux sont annulés. Cette faveur, faite aux créanciers commerciaux, s'explique d'un côté par la rapidité des affaires commerciales qui rend plus difficile à un créancier de s'assurer de la solvabilité de son débiteur et, de l'autre, par la nécessité d'assurer le crédit commercial. C'est donc avec raison que le légis-

lateur a essayé de concilier les intérêts si divers que la faillite met en présence.

Il ne nous reste plus qu'à examiner, au point de vue critique, la législation actuelle, et à nous demander rapidement s'il n'y aurait point des modifications à y introduire.

EXAMEN CRITIQUE DE LA LÉGISLATION

« Le régime des faillites était imparfait sous l'ordonnance de 1673, il l'était sous le Code de 1808, il le sera sous la loi de 1838, et surtout il sera accusé de l'être. Niles conséquences de la pratique la plus expérimentée, ni les recherches de la science la plus vaste, ni les ressources de l'esprit le plus délié, ni les combinaisons de la prévoyance la plus sagace ne supprimeront jamais en cette matière les difficultés qui tiennent à sa nature et qui mêlent leurs inévitables inconvénients à toutes les imperfections du législateur. Tout le monde perd dans une faillite ; la sagesse consiste non à empêcher ou à prévenir des sacrifices forcés, mais à les mesurer et les coordonner. Or, on impute facilement à la loi les maux qui dérivent de la nécessité à laquelle la loi doit obéir, et comme, dans aucun temps ni dans aucun pays du monde, une loi n'empêchera que toute faillite ne soit une fort mauvaise affaire, il est à présumer que partout et toujours on se plaindra des législations sur la faillite. » (Renouard, p. 190.)

Nous inspirant des idées si justement exprimées par Renouard, dans son *Traité des faillites*, il faut nous demander, maintenant que nous connaissons les restrictions apportées au droit des femmes en matière de reprises, d'hypothèque et d'avantages matrimoniaux, si cette législation doit être maintenue ou, au contraire, s'il serait avantageux de la modifier.

Certains estiment que les articles 557 à 564 devraient subir des modifications, et pensent que la législation actuelle favorise avec excès la femme au plus grand préjudice des créanciers. Les réformes qu'ils réclament se trouvent renfermées dans une proposition présentée à la Chambre des députés le 15 novembre 1881. (*Journal officiel*, documents parlementaires, décembre 1881, page 1811.)

D'après ce projet, que nous nous bornerons à résumer à notre point de vue spécial, — en premier lieu, la femme ne devrait plus être admise à prouver à l'encontre des présomptions des articles 559 et 562, soit que les biens acquis en son nom, soit que les dettes payées par elle pour son mari, ont pu l'être avec ses deniers personnels et désormais dans ces deux cas les biens acquis et les dettes payées devraient être considérés comme l'ayant été par le mari. De plus, et c'est ici la dérogation la plus grave au droit commun, d'après l'article 193 du projet, « la femme dont le mari serait tombé en état

de faillite n'aurait ni privilège, ni hypothèque, sur les biens du mari, à raison du recouvrement des valeurs et effets mobiliers qu'elle aurait apportés en dot et qui lui seraient advenus par succession ou donation entre vifs ou testamentaire : elle aurait seulement le droit de reprendre la valeur des effets mobiliers dont elle prouverait la délivrance par acte ayant date certaine, lorsque ces valeurs se trouveraient en nature au moment de la déclaration de cessation de paiements et que leur identité serait prouvée par l'acte même qui constitue la délivrance. » Enfin, toutes les fois qu'il n'aurait point été fait emploi de la dot mobilière ou remploi des immeubles aliénés, la femme n'aurait aucun recours contre la masse et le prix des biens non employés ou remployés se confondrait avec les deniers personnels du mari.

Ce projet qui apporte, comme on le voit, de très graves modifications non seulement à la situation de la femme, mais encore au titre du contrat de mariage et des hypothèques, n'a été reproduit, ni dans la proposition du gouvernement de 1882 (documents parlementaires, 1882, page 2295), ni par le projet de la Commission (rapport de M. Laroze, annexe 1842, Chambre des députés, année 1887, page 876), et c'est avec raison, croyons-nous.

Les articles 557 à 564 nous semblent en effet concilier autant que possible les intérêts de la femme avec ceux des créanciers du failli, et la proposition

Saint-Martin aboutirait, d'un côté, à enrichir les créanciers alors qu'ils ne doivent être que protégés, et, de l'autre, à faire revivre les idées de Napoléon qui ne sont ni équitables, ni pratiques, pas plus aujourd'hui qu'en 1807.

Il serait toutefois utile d'apporter quelques modifications de détails à nos articles. Tout d'abord, comme cela existe dans la législation espagnole (loi du 22 août 1885 ; décret du 21 décembre 1885, *Annuaire de législation*, 1885, p. 298), un registre public des commerçants pourrait être tenu, sur lequel seraient transcrits, avec le régime matrimonial de chaque commerçant, tous les actes de remploi des propres de la femme, de telle sorte que les tiers pussent suivre, pour ainsi dire, la situation de fortune de la femme, à moins, ce qui vaudrait assurément mieux, mais ce qui est plus difficile à réaliser, qu'on ne soumit l'hypothèque légale à la publicité et à la spécialité (art. 64-72 loi belge de 1851). De plus, il y a lieu de regretter que la Chambre ait rejeté la proposition de M. Parent. demandant que la séparation de biens résultât *de plano* de la cessation de paiements du mari.

Nous avons précédemment vu que, pour avoir le droit d'agir dans la faillite de son mari, la femme doit demander et obtenir la séparation de biens en se conformant aux dispositions du Code de procédure.

Mais toutes les formalités des articles 865 et sui-

vants, qui ont pour but de protéger les tiers, sont absolument inutiles quand la déclaration de faillite est venue prouver l'insolvabilité du mari : c'est pourquoi, dans un but d'économie, M. Parent déposa, le 7 mai 1878, un projet de loi qui devait ajouter à l'article 557 C. comm. les dispositions suivantes :

« Le jugement déclaratif de faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, la séparation de biens pour la femme du failli, sans qu'il soit besoin d'en faire la demande. Néanmoins, la femme pourra refuser cette séparation ; et, à cet effet, elle devra en faire la déclaration par-devant le juge commissaire de la faillite, dans le délai de la vérification des créances, et dans ce cas elle sera non recevable à se prévaloir de la faillite pour formuler une demande de séparation. La femme est dispensée d'autorisation pour la déclaration précitée. Cette déclaration produira son effet, sans préjudice des droits conférés aux créanciers de la femme par le dernier paragraphe de l'article 1446 C. civ. »

« Pourquoi, disait M. Parent, ajouter aux pertes et aux complications de la faillite les frais et les longueurs d'une procédure inutile ? De plus, si la faillite dessaisit le mari de l'administration de ses biens, rien de plus logique que de lui faire produire les mêmes effets quand il s'agira des biens de la femme. Pourquoi et à quel titre conserverait-on au failli la jouissance des biens affectés à des charges

qu'il ne peut plus supporter ? » On permettait, du reste, à la femme, de refuser la séparation de biens : le contraire, en effet, eût été porter atteinte à sa liberté, car elle peut vouloir participer à la mauvaise fortune de son mari. Toutefois, on décidait que la femme qui aurait refusé la séparation ne serait point recevable à se prévaloir de la faillite pour former une nouvelle demande.

Une Commission fut nommée qui proposa, le 29 mai 1879, le texte suivant à la Chambre : « En cas de faillite du mari et lorsque le jugement déclaratif de faillite sera devenu définitif, il emportera pour la femme tous les effets du jugement qui prononce la séparation de biens, si dans le délai de quinzaine elle déclare devant le président du tribunal civil, le syndic et le mari appelés par lettre chargée du greffier, qu'elle entend accepter le bénéfice de cette disposition. Il sera donné acte de cette déclaration par ordonnance du président qui commettra un notaire pour procéder à la liquidation ; extrait de cette ordonnance sera publié dans tous les journaux prévus par l'article 868 C. proc. ; elle sera, de plus, affichée aux greffes des tribunaux civils et de commerce du domicile du mari pendant un an, conformément aux prescriptions de l'art. 872 C. proc.

Le projet Parent avait été amendé en deux points. On avait tout d'abord remplacé le juge commissaire devant lequel la femme devait faire sa déclaration

par le président du tribunal civil. De plus, on autorisait la femme qui n'avait point cru devoir, lors de la déclaration de faillite, réclamer le bénéfice de la séparation de biens, à revenir sur sa décision. Rien en effet ne pouvait justifier la solution opposée, car, d'un côté, si la femme refuse la séparation de biens, c'est dans l'espérance que la liquidation sera peut-être avantageuse et, de l'autre, alors qu'un jugement définitif repoussant une première demande en séparation n'empêchera point la femme d'en former une seconde, il est impossible d'admettre qu'une simple déclaration puisse produire cet effet.

Ce projet, ainsi modifié, fut discuté à la Chambre le 10 juin 1879 (*Journal officiel*, 11 juin 1879, page 980) et fut attaqué par M. Renault-Morlière qui le fit rejeter.

« J'attaque, disait l'orateur, ce système, d'abord parce qu'il constitue une nouveauté juridique dans nos Codes ; je l'attaque en second lieu et surtout parce qu'il ne réalise qu'une économie minime et qu'il augmente le danger de collusion et de concert frauduleux entre le mari et la femme.

Je dis tout d'abord que le projet constitue une nouveauté juridique. En effet, la séparation de biens ne peut être que judiciaire, elle ne peut être prononcée que par un jugement rendu par le juge compétent, c'est-à-dire le tribunal civil. Or, ici, à quel acte attachez-vous la séparation de biens ? Est-ce au juge-

ment déclaratif de faillite, c'est-à-dire au jugement qui émane du tribunal de commerce ? Évidemment, ce n'est pas là un jugement rendu par le juge compétent. Est-ce, au contraire, à la déclaration de la femme ? Ici vous vous heurtez au principe d'après lequel aucune séparation de biens ne peut être que judiciaire. Est-ce la combinaison de ces deux éléments ? mais vous aurez beau les combiner, vous ne leur donnerez jamais la vertu qui manque à chacun d'eux. »

En second lieu, le Code permet aux créanciers d'intervenir à tous les moments de l'instance ; à chaque instant, ils peuvent exiger la communication des pièces et saisir ainsi les traces de concert frauduleux ; enfin, l'intervention du ministère public arrête souvent des demandes peu justifiées, « et c'est cette procédure qu'on nous propose de détruire dans le seul but de réaliser une économie minime. »

A cette argumentation, M. Bouchet, le rapporteur de la Commission, répondit qu'« il est bien certain que si nous ne voulons pas, d'une main qu'on appellera téméraire, toucher un jour où l'autre aux imperfections du Code civil qui a assez d'excellence pour être quelquefois taxé d'imperfection, si jamais nous n'osons y toucher, quelles sont les réformes auxquelles on pourra parvenir » ? Quant au second argument tiré de la crainte de la fraude entre les époux, il est peu probable que le mari se fasse

déclarer en faillite pour que la femme bénéficie de la séparation de biens. De plus, en s'inspirant même des règles du droit commun, la séparation est accordée quand le désordre des affaires du mari est apparent. Or, il est certain que le jugement déclaratif de faillite démontre mieux qu'autre chose cet état de déconfiture.

Nous estimons donc que cette réforme, qui aurait abouti à une économie de frais assez importante, aurait dû être admise par le législateur, et c'est avec regret que nous voyons les divers projets présentés depuis cette époque conclure au rejet de la modification proposée par M. Parent.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — La prohibition d'hypothéquer le fonds dotal fut une conséquence, non de la loi Julia, mais du sénatus-consulte Velléien.

II. — La loi 30, au Code, livre V, titre 12, confère à la femme une hypothèque privilégiée et une action en revendication.

III. — Sous Justinien, l'ancien principe que le mari est propriétaire de la dot a été maintenu.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. — L'action *rei uxoriæ* n'était point, au moins pendant le période classique, une action de bonne foi.

II. — Dans la vente sous condition résolutoire, le vendeur était tenu des risques, même quand la condition était accomplie.

III. — La *litis contestatio* ne produisait pas une véritable novation.

IV. — La résistance du défendeur à une action arbitraire peut être domptée *manu militari*.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT COMMERCIAL

I. — Les restrictions des articles 557 à 564 ne peuvent être invoquées que par la masse des créanciers.

II. — La faillite n'empêche point la compensation de s'opérer entre les créances qu'a la femme contre son mari et les dettes dont elle est tenue envers lui.

III. — L'hypothèque légale de la femme ne tombe point, en cas de faillite du mari, sous l'application de l'article 448-2 C. comm.

IV. — Le bénéfice de l'assurance contractée au profit de la femme d'un commerçant par son mari tombé depuis en faillite doit faire retour à la masse.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT CIVIL

I. — La femme conserve son hypothèque légale, bien que l'acte de célébration de mariage passé à l'étranger n'ait point été transcrit dans les trois mois de son retour en France.

II. — L'article 1220 C. civ. empêche l'effet déclaratif du partage en ce qui concerne les créances.

III. — Le droit de rétention peut être exercé toutes les fois qu'il y a *debitum cum re junctum*.

IV. — Les contraintes décernées par l'administration des contributions indirectes n'emportent point hypothèque judiciaire.

PROCÉDURE CIVILE

Le tribunal français, auquel on demande l'exécution d'une sentence rendue à l'étranger, peut reviser le fond.

DROIT PÉNAL

Le tribunal correctionnel et la Cour d'assises ne peuvent, en l'absence d'une déclaration de faillite émanée d'un tribunal de commerce, prononcer la peine de la banqueroute simple ou frauduleuse.

DROIT CRIMINEL

La Cour d'assises peut accorder les circonstances atténuantes aux accusés qu'elle juge par contumace.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

Le Sénat n'a pas le droit d'augmenter les crédits inscrits dans la loi des finances, il ne peut que les diminuer ou rejeter simplement la loi.

Vu par le doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Président de la thèse,
LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DES GARANTIES ACCORDÉES A LA FEMME POUR LA RESTITUTION DE SA DOT

INTRODUCTION ET DIVISION.....	1
-------------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Des garanties accordées à la femme pendant la période classique.....	9
CHAPITRE I ^{er} . — Du <i>Privilegium inter personales actiones</i>	10
CHAPITRE II. — De l'inaliénabilité du fonds dotal.....	13
Section I ^{re} . — A quels biens s'applique la prohibition de la loi <i>Julia</i>	13
Section II. — Quels sont les actes prohibés par la loi <i>Julia</i> .	20
Section III. — Sanction de la loi <i>Julia</i>	27
CHAPITRE III. — De la défense d'hypothéquer le fonds dotal..	31
CHAPITRE IV. — De la propriété de la dot.....	37

DEUXIÈME PARTIE

Des garanties accordées à la femme dans le Droit de Justi- nien.....	45
CHAPITRE I ^{er} . — Constitution de l'année 529. L. 30, C. V, 12.	47
CHAPITRE II. — Constitution de l'année 530. L. unique , C. V, 13.....	58
CHAPITRE III. — Constitution de l'année 530. L. 12, C. VIII, 18.	66
CHAPITRE IV. — <i>Novelle 61</i>	68

DROIT FRANÇAIS

DES DROITS DES FEMMES MARIÉES EN MATIÈRE DE
FAILLITE

INTRODUCTION ET DIVISION.....	73
CHAPITRE I ^{er} . — Conditions d'application des restrictions apportées aux droits de la femme par les articles 557 à 564 C. comm.	82
§ 1 ^{er} . — Conditions générales.....	82
§ 2. — Conditions spéciales d'application des articles 563 et 564.....	100
CHAPITRE II. — Restrictions aux droits de la femme quant à l'exercice de ses reprises	104
Section I ^{re} . — De la femme considérée comme propriétaire.....	104
§ 1 ^{er} . — De la revendication des immeubles.....	105
§ 2. — De la revendication des meubles.....	116
Section II. — De la femme considérée comme propriétaire.	128
CHAPITRE III. — Restrictions aux droits de la femme quant à son hypothèque légale.....	137
Section I ^{re} . — Influence de la faillite sur la naissance et le caractère de l'hypothèque légale de la femme.....	138
§ 1 ^{er} . — Influence sur la naissance de l'hypothèque.	138
§ 2. — Influence sur la conservation de l'hypothèque légale.....	151
Section II. — Influence de la faillite sur l'étendue de l'hypothèque légale de la femme.....	157
§ 1 ^{er} . — Restrictions quant aux immeubles soumis à cette hypothèque.....	157
§ 2. — Restrictions quant aux créances garanties par l'hypothèque légale.....	169
CHAPITRE IV. — Restrictions aux droits de la femme quant aux avantages matrimoniaux.....	176
APPENDICE. — De l'assurance sur la vie combinée avec les articles 559 et 564.....	180
CHAPITRE V. — Examen critique de la législation.....	193
POSITIONS.....	203

